Die

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand

nach der Reichszivilprozeßordnung.

Inauguraldissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde der Eberhard-Karls-Universität Tübingen.

Von

Ernst Buder,

Rechtsanwalt in Kempten.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

München 1902.

C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung

Oskar Beck

C. H. Beck'sche Buchdruckerei in Nördlingen.

Inhaltsübersicht.

Seit

I. Begriff (§ 1) 1

II. Voraussetzungen der Restitution 3

A. Versäumung der Notfrist (§ 2) 3

B. Wiedereinsetzungsgrund 4

a) Im allgemeinen. Verhältnis zwischen Partei u. Vertreter (§ 3) 4

b) Die Restitutionsgründe der ZPO. Übersicht (§ 4) . . . 8

1. Erster Restitutionsgrund. Wiedereinsetzung aus § 233 Abs. 1 10

α) Höhere Gewalt (§ 5) 10

β) Durchführung im einzelnen. Schuldloses Verhalten der Partei. Kausalzusammenhang (§ 6) 19

2. Zweiter Restitutionsgrund. Wiedereinsetzung aus § 233 Abs. 2 (§ 7) 24

3. Dritter Restitutionsgrund. Wiedereinsetzung aus § 235 Abs. 1 (§ 8) 29

4. Vierter Restitutionsgrund. Wiedereinsetzung aus § 235 Abs. 2 (§ 9) 40

C. Der Antrag 43

a) Frist zur Antragstellung (§ 10) 43

1. Charakter der Restitutionsfrist überhaupt 44

2. Die Frist des § 234 Abs. 1 45

3. Die Frist des § 235 Abs. 3 47

b) Form des Antrags (§ 11) 48

1. Angabe der die Wiedereinsetzung begründenden Tatsachen 49

2. Angabe der Mittel für die Glaubhaftmachung 49

3. Nachholung der versäumten Prozeßhandlung 50

III. Das Verfahren (§ 12) 51

a) Zuständigkeit 52

Seite
b) Die Stellung des Antrags 53
c) Die mündliche Verhandlung 55
d) Die Entscheidung und deren Anfechtung 56
IV. Wirkungen der Wiedereinsetzung (§ 13) 63
a) Im allgemeinen 63
b) Suspension der Zwangsvollstreckung 63
V. Verzicht und Zurücknahme (§ 14) 70
VI. Kosten des Wiedereinsetzungsverfahrens (§ 15) 73

Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand
nach der Reichszivilprozeßordnung.

I.
Begriff.

§ 1.

Die Wiedereinsetzung i. d. v. St. im Sinne der Reichszivilprozeßordnung hat mit der Wiedereinsetzung des gemeinen Prozesses wenig mehr als den Namen gemeinsam. Letztere ist im Grunde lediglich die Anwendung der prätorischen Restitution auf den Prozeß und richtet sich im ganzen nach den für die Restitution des materiellen Rechts geltenden Grundsätzen. Sie kann daher einerseits auf jeden der dort anerkannten Rechtfertigungsgründe (Minderjährigkeit, Abwesenheit, Irrtum, Betrug, Zwang), dazu nach konstanter Praxis auf Verschulden des Prozeßvertreters gegründet werden, und erstreckt sich andererseits in der Richtung gegen die verschiedensten prozessualen Verletzungen, insbesondere Versäumnisse von Terminen und Fristen und sonstige Unterlassungen, aber auch fehlerhafte Handlungen aller Art.[1])

Dagegen bewegt sich die Wiedereinsetzung der RZPO. — entsprechend der schon zuvor durch die Partikulargesetzgebung verfolgten Tendenz auf möglichste Beschränkung dieses auxilium extraordinarium — in einem viel engern Rahmen. Sie wird nicht grundsätzlich gegen prozessuale Nachteile gewährt, sondern nur gegen die Versäumung von Notfristen, und nur in dem Falle des Vorliegens eines jener Rechtfertigungsgründe, welche in §§ 233 und 235 besonders aufgeführt sind. Auch das Verfahren weist gegenüber demjenigen des gemeinen Prozesses wesentliche Unterschiede auf.

[1]) Vgl. Wetzell, System des ordentl. Zivilprozesses § 53; Planck, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts Bd. 2 S. 586 ff.

Zu den „Rechtsmitteln" im Sinne der ZPO. (§§ 511—577) gehört die Wiedereinsetzung nicht. Man mag sie mit den Motiven (S. 171) eine „Rechtshilfe" oder (S. 394) ein „Anfechtungsmittel" nennen.

Der Antrag auf Wiedereinsetzung unterscheidet sich zunächst von den Rechtsmitteln und übrigen Rechtsbehelfen der ZPO. durch das Erfordernis einer *strengen materiellen Begründung* als Voraussetzung seiner von Amts wegen zu prüfenden Zulässigkeit. Während sich die Offizialprüfung des Einspruchs (§ 341), der Berufung (§ 535), der Revision (§ 566), der sofortigen Beschwerde (§ 574), der Nichtigkeits- und Restitutionsklage (§ 589) lediglich auf deren „*Statthaftigkeit an sich*" und die Einhaltung der gesetzlichen *Form* und *Frist* erstreckt, muß der Restitutionsantrag die Angabe der *die Wiedereinsetzung begründenden Tatsachen*, sowie die Angabe der Mittel zu deren *Glaubhaftmachung* enthalten (§ 236).[2])

Er bezweckt, wie die Wiederaufnahme des Verfahrens, und im Gegensatze insbesondere zu den Rechtsmitteln in der Regel die Beseitigung eines *rechtskräftigen* Zustandes, nämlich des durch die Versäumung einer Notfrist verursachten Ausschlusses mit der innerhalb der Notfrist vorzunehmenden Prozeßhandlung oder m. a. W. die Aufhebung einer rechtskräftigen richterlichen Entscheidung.[3])

Der Restitutionsantrag ist accessorischer Natur; es kann nur in Verbindung mit einem anderweitigen Rechtsbehelfe (Einspruch, Berufung u. s. w.) eingelegt werden.

Er hat an sich weder Suspensiv- noch Devolutiveffekt. Ersterer ist, soweit überhaupt möglich, durch einen Parteiantrag und dessen im freien Ermessen des Gerichts liegende Genehmigung bedingt (§ 707); letzterer tritt nur insoweit ein, als sich die Restitu-

[2]) Inwieweit auch die Anfechtungsklagen gegen Ausschlußurteil und Schiedsspruch (§§ 957, 1044) der Offizialprüfung unterliegen, darüber s. unten S. 57.

[3]) Dieser Erfolg wird auf indirektem Wege auch durch die Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der Notfrist für die Wiederaufnahmeklagen erreicht. — Eine *Ausnahme* von der Regel, wonach die Notfristen nur zur Anfechtung richterlicher Entscheidungen gesetzt sind, macht die durch die Nov. von 1898 eingeführte Notfrist zur Stellung des Antrags auf nachträgliche Eidesabnahme (§ 466).

tion gegen den Ablauf der Notfrist zur Einlegung eines devolutiven Rechtsmittels richtet (§ 237).

In folgender Definition dürfte das Wesen des Instituts mit möglichster Kürze ausgedrückt sein:

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ist die bei Vorhandensein eines gesetzlichen Rechtfertigungsgrundes auf rechtzeitig und rechtsförmlich gestellten Antrag einer Partei, die eine Notfrist versäumt hat, vom Gerichte der nachzuholenden Prozeßhandlung zu gewährende Aufhebung der Ausschlußfolge.

II.

Voraussetzungen der Restitution.[4]

A. Versäumung der Notfrist.

§ 2.

Es wird nicht, wie bei der Restitution des gemeinen Zivilprozesses,[5] die Glaubhaftmachung einer materiellen, sondern lediglich die einer formellen Verletzung gefordert.[6] Eine solche ist in den mannigfachsten Gestalten denkbar. Aber nur die Versäumung einer Notfrist bezw. der dadurch erfolgte Ausschluß mit einem Rechtsbehelfe ist eine zur Begründung der prozessualen Wiedereinsetzung geeignete Verletzung (§§ 233, 235).

Notfristen sind die Fristen zur Einlegung des Einspruchs (§§ 339 und 700), der Berufung (§ 516), der Revision (§ 552), der sofortigen Beschwerde (§ 577), zur Erhebung der Restitutions- und Nichtigkeitsklage (§ 586), sowie der Anfechtungsklage gegen das Ausschlußurteil (§ 958) und den Schiedsspruch im Falle des § 1043 (§ 1044), endlich zur Stellung des Antrages auf nachträgliche Eidesabnahme im Falle des § 466. Sie unterscheiden sich, abgesehen

---

[4]) A. Laesio (Versäumung einer Notfrist), B. Justa causa (§§ 233, 235), C. Rechtzeitiger und rechtsförmlicher Antrag.

[5]) Vgl. Wetzell a. a. O.

[6]) „Ob die Benützung des Rechtsmittels der Partei etwas genützt hätte, ist keine Frage der Statthaftigkeit" (Planck a. a. O. S. 590).

davon, daß ihr Lauf durch die Gerichtsferien nicht berührt wird, insbesondere dadurch wesentlich von den übrigen prozessualen Fristen, daß sie „als Gegenstand der öffentlichen Ordnung" (Mot. S. 164) hinsichtlich ihrer gesetzlich bestimmten Dauer jeder Parteidisposition sowohl als auch jeder Verkürzung oder Verlängerung durch den Richter entzogen, also vollständig unabänderlich sind. Sie werden durch Zustellung eines Schriftsatzes bezw. eines Gerichtsschreiberprotokolles, im Falle der sofortigen Beschwerde durch Einreichung eines Schriftsatzes bei dem Gerichte oder in den Fällen des § 569 Abs. 2 mit § 577 auch durch Erklärung zu Protokoll des Gerichtsschreibers gewahrt.

Sie beginnen in der Regel mit der Zustellung der anzufechtenden Entscheidung, in einzelnen Fällen mit der Verkündung derselben (§§ 336, 952) oder mit der erlangten Kenntnis eines die Anfechtung rechtfertigenden Grundes (§§ 586, 958, 1044), im Falle des § 466 mit dem versäumten Termine.

B. Wiedereinsetzungsgrund.

a) Im allgemeinen. Verhältnis zwischen Partei und Vertreter.

§ 3.

Schon die Vorschriften des vormaligen bürgerlichen Rechtes über die Voraussetzungen der Restitution waren, wie oben erwähnt, auf die Wiedereinsetzung des Reichszivilprozesses nicht anwendbar, da in diesem Gesetze selbst, wie überhaupt die Aufhebung der Versäumnisfolgen, so insbesondere das Institut der Wiedereinsetzung in ausschließender Weise geregelt war. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat überdies die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand vollständig fallen gelassen, so daß die „zur Vermeidung etwaiger Zweifel" als § 210 der ZPO. (ä. F.) angenommenen und auch in die Novelle (§ 232) übergegangenen Vorschriften dadurch im Grunde genommen gegenstandslos geworden sind. Die Unzulässigkeit der Restitution ex persona (Minderjährige, Gemeinden, Kirchen, milde Stiftungen Fiskus ꝛc.) ist hier besonders hervorgehoben; aber ebensowenig war schon vor dem BGB. im Prozesse die Wiedereinsetzung aus den anderen gemeinrechtlichen Restitutionsgründen statthaft.

Ausdrücklich beseitigt wurde (§ 210 Abs. 2, jetzt 232 Abs. 2)

für den Prozeß die einst auch hinsichtlich ihrer Geltung im römischen Rechte bestrittene restitutio ex culpa procuratoris,[7]) wie sie durch die gemeinrechtliche Praxis sich herausgebildet und in gewissem Umfange bis zur ZPO. nach einzelnen deutschen Prozeßrechten bestanden, aber zu erheblichen Mißbräuchen geführt hatte (Mot. S. 171). Denn die von dem Bevollmächtigten vorgenommenen Prozeßhandlungen sind für die Partei in gleicher Weise verpflichtend, als wenn sie von der Partei selbst vorgenommen wären (§ 85). Dasselbe gilt von den Unterlassungen des Vertreters. Die prozessualen Verbindlichkeiten Beider sind für alle Regelfälle solidarisch (Mot. a. a. O.).[8]) Mit diesem Repräsentationsprinzip wäre es nicht vereinbar, das Verschulden des Vertreters als Restitutionsgrund anzuerkennen. Eine von dem Vertreter verschuldete Versäumung ist auch für die Partei niemals als eine unverschuldete anzusehen. Ob ein Verschulden vorliegt, darüber urteilt das Gericht in freier Beweiswürdigung (§ 286). Erachtet es ein grobes Verschulden für gegeben, so kann es den Prozeßvertreter zur Tragung der dadurch verursachten Kosten verurteilen (§ 102): hinsichtlich der Wiedereinsetzung aber macht das Gesetz keinen Unterschied in den Graden der culpa; auch nicht zwischen der Rechtskenntnis der Partei und des Anwalts.

Umgekehrt schließt eigenes Verschulden der Partei die Wiedereinsetzung aus der unverschuldeten Versäumung des Vertreters aus. Von Hellmann (Komm. § 210 Anm. 3) wurde dies mit Rücksicht auf die angebliche Fiktion eines Verzichts der Partei auf die Prozeßführung durch Aufstellung eines Prozeßbevollmächtigten bestritten; er erachtet demnach nur die Kenntnis des Vertreters von Umständen, deren Unkenntnis nützt, als von rechtlichem Belange. Aber jene Fiktion ist gänzlich unhaltbar. Der Prozeßbevollmächtigte führt den Prozeß nicht, wie der gesetzliche Vertreter, nach eigenem Ermessen, sondern „nach dem im Auftrag und in der Instruktion erklärten Willen des Vertretenen". (Vgl.

[7]) Restitutio ist hier im weiteren gemeinrechtlichen Sinne zu nehmen, da die im Text alleg. Gesetzesstelle die Aufhebung von Versäumnisfolgen aller Art, nicht nur die Wiedereinsetzung gegen Notfristversäumung betrifft.

[8]) Vgl. RG. v. 6. April 1898. JW. S. 350 N. 11.

Planck, Lehrb. Bd. 1 S. 233). So wenig kann von einem Verzicht der Partei auf die Prozeßführung gesprochen werden, daß vielmehr beispielsweise einzelne Akte, wie die Ableistung eines zugeschobenen oder auferlegten Eides nur von ihr vorgenommen werden können, und sie andererseits Geständnisse und andere thatsächliche Erklärungen des Prozeßbevollmächtigten sofort zu widerrufen oder zu berichtigen in der Lage ist (§ 85), und der Bevollmächtigte überhaupt keine Behauptungen aufstellen kann, die mit denjenigen der Partei im Widerspruch stehen.[9]) Es ist zur Annahme einer unverschuldeten Versäumung sowohl die Exkulpation des Vertreters als diejenige der Partei selbst erforderlich.

Eine Ausnahme wollte Puchelt (Komm. § 210 Anm. 4) hinsichtlich des negotiorum gestor machen: denn die Bestimmung des § 85 Abs. 2 (jetzt § 89 Abs. 2) „ändert nichts an der faktischen Sachlage, daß vorher der negotiorum gestor allein gehandelt hat also nur sein Verschulden in Betracht kommen kann".[10]) Aber mit der vollzogenen Ratihabition verliert eben die an sich schuldlose Partei die Befugnis, aus dem Verschulden des negotiorum gestor einen rechtlichen Anspruch (auf Wiedereinsetzung) abzuleiten. Sie muß die Prozeßführung auch „gegen sich" gelten lassen, wenn sie dieselbe genehmigt hat (§ 89 Abs. 2). Sie mag sich vor der Genehmigung ordentlich unterrichten, was seitens des Geschäftsführers geschehen und unterlassen ist. Das Recht, die Handlung des Geschäftsführers anzufechten, geht ihr nach erteilter Genehmigung unbedingt verloren.[11])

Als Vertreter nach § 232 Abs. 2 sind die Vertreter im eigentlichen Sinne anzusehen, d. h. jene Personen, welche zum Zwecke der Prozeßführung an die Stelle der Partei getreten sind und einen selbständigen, auf eigener Erwägung und Verfügung beruhenden Einfluß auf den Fortgang des Prozesses üben, nicht aber jene Personen, deren Tätigkeit in bloßer Übermittelung von Schriftstücken

[9]) RG. v. 15. Dezember 1883 Bd. 10 S. 423.

[10]) Ebenso Bolgiano, Lehrb. S. 457 Anm.

[11]) Ebenso wird die Partei aus dem Wiedereinsetzungsgesuche des neg. gestor durch die nachträglich erteilte Prozeßvollmacht verpflichtet. RG. v. 27. September 1899 JW. S. 694 N. 2.

besteht, welche ihnen zu diesem Zwecke von der Partei bezw. von dem eigentlichen Vertreter übergeben werden (nuntii).[12])

Es gehören demnach hieher:

1. gesetzliche Vertreter (§§ 51, 53),[13])
2. Prozeßbevollmächtigte einschließlich der Substituten (§§ 78, 79),[14])
3. Geschäftsführer ohne Auftrag (§ 89),
4. Vertretende Streitgenossen (§ 62),
5. Zustellungsbevollmächtigte (§ 174),
6. alle sonst Bevollmächtigten, Prokuristen, Handlungsbevollmächtigte, Gesellschafter u. dgl.[15])

nicht aber Zustellungsbeamte (Gerichtsvollzieher, Postboten, die Zustellung vermittelnde Gerichtsschreiber).[16])

Daß auch der in den Motiven (S. 171) nicht besonders angeführte Zustellungsbevollmächtigte unter den Begriff „Vertreter" fällt, wurde von Hellmann (a. a. O.) und Kleiner (Komm. § 210 Anm.) mit Unrecht bestritten. Allerdings ist es falsch, mit Puchelt (a. a. O.) — gegen welchen sich Hellmann wendet — Obiges aus dem Umstande zu schließen, daß in § 211, jetzt 233 Abs. 2, die Untätigkeit des Zustellungsbevollmächtigten ausnahmsweise nicht als Restitutionsgrund nach Abs. 1 anerkannt sei. Denn diese Stelle handelt nicht nur von der Säumnis des Zustellungsbevollmächtigten, sondern ganz allgemein von dem Falle, daß die Zustellung des Versäumnisurteils nicht zur Kenntnis der Partei gekommen ist.

[12]) RG. v. 25. Mai 1883 Bd. 10 S. 362.

[13]) Über den gesetzlichen Vertreter im Sinne des § 53 („Pfleger") vgl. die Ausführungen hierzu bei Gaupp-Stein, Komm.

[14]) Dabei kommt bei Wiedereinsetzung im Falle eines devolutiven Rechtsmittels auch das Verschulden des Prozeßbevollmächtigten der Vorinstanz der Partei zu Lasten. RG. v. 7. Januar 1881 Bd. 3 S. 419; 5. Juli 1895 JW. S. 383 N. 20.

[15]) S. Petersen, Komm. § 232 Anm. 3. Vgl. BGB. §§ 164 ff.; HGB. §§ 48 ff.

[16]) Vgl. die Anm. 12 alleg. Entsch. Ferner Jastrow im Archiv f. civ. Pr. Bd. 68 S 362 ff. — Der Gerichtsvollzieher nimmt eine Doppelstellung ein, insoferne er als Vollstreckungsorgan Beauftragter, Vertreter des Gläubigers ist; vgl. RG. v. 5. Juni 1883 Bd. 9 S. 361; 10. Juni 1886 Bd. 16 S. 396.

Aber ebenso unrichtig erscheint Hellmanns Annahme, daß das Gesetz den Ausdruck Vertreter überhaupt nur auf den gesetzlichen Vertreter anwende. In § 189 Abs. 2 ist vielmehr als Ausnahme von der Regel des Abs. 1 über die Zustellung an einen „Vertreter" mehrerer Beteiligter die Zustellung an den Zustellungsbevollmächtigten mehrerer Beteiligter angeordnet. — Es liegt übrigens im Wesen des Insinuationsmandats, daß der Zustellungsbevollmächtigte im Rahmen der ihn treffenden Tätigkeit die Partei ebenso vertritt, wie der Prozeßbevollmächtigte überhaupt es tut. Dem entspricht auch die nachteilige Folge nicht rechtzeitiger Benennung eines Zustellungsbevollmächtigten (§ 175 Abs. 1). Die Partei muß sich mit dem Anspruch auf Schadensersatz gegen den Zustellungsbevollmächtigten begnügen, wenn durch dessen Verschulden eine Notfrist versäumt wird.

Bezüglich des Gerichtsvollziehers, welcher von dem die Zustellung vermittelnden Gerichtsschreiber mit der Zustellung beauftragt ist, nahm der I. Senat des RG. — Entsch. vom 1. Dezember 1900 JW. 1901 S. 29 N. 1 — in einem die Zustellung nach § 207 Abs. 2 betreffenden Falle an, der Gerichtsvollzieher habe hier als Beauftragter der Partei zu gelten, weil der Gerichtsschreiber im § 166 Abs. 2 ZPO. den Auftrag der Partei vermittle, nicht selbständig Auftraggeber sei. Demgemäß wurde die Wiedereinsetzung wegen Versäumung der Berufungsfrist infolge der unterbliebenen Beglaubigung der Terminsnote durch den Gerichtsvollzieher auf dem Berufungsschriftsatze versagt. Mit Entsch. vom 22. Mai 1901 JW. S. 398 N. 9 sprachen aber die vereinigten Zivilsenate aus: „Ein unabwendbarer Zufall im Sinne des § 233 ZPO. ist darin zu finden, daß der gemäß § 166 Abs. 2 S. 2 ZPO. mit der Zustellung beauftragte Gerichtsvollzieher versäumt hat, die Terminsbestimmung auf der zugestellten Abschrift der Rechtsmittelschrift zu beglaubigen." — So dann auch RG. vom 2. Oktober 1901 JW. S. 750 N. 5.

b) Die Restitutionsgründe der ZPO. Übersicht.

§ 4.

Daß die Versäumung der Notfrist eine von der Partei bezw. [illegible] er unverschuldete sei, genügt nicht zur Begründung der

Restitution. Es muß vielmehr ein positiver Rechtfertigungsgrund, d. h. einer der vier vom Gesetzgeber besonders hervorgehobenen zur Wiedereinsetzung geeigneten Fälle vorhanden sein. Dieselben stehen aber keineswegs in einem systematischen Zusammenhange, sie lassen sich nicht gleichsam als die Unterfälle eines einheitlichen logischen Gedankens des Gesetzgebers betrachten, wie aus der später zu berührenden Entstehungsgeschichte zweier dieser Restitutionsgründe hervorgeht.

Den allgemeinen Rechtfertigungsgrund der Wiedereinsetzung enthält § 233 Abs. 1:

1. Einer Partei, welche durch Naturereignisse oder andere unabwendbare Zufälle verhindert worden ist, eine Notfrist einzuhalten, ist auf Antrag die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu erteilen.

Dies ist die Regel: Verhinderung durch unabwendbaren Zufall.

2. Hat eine Partei die Einspruchsfrist versäumt, so ist ihr die Wiedereinsetzung auch dann zu erteilen, wenn sie von der Zustellung des Versäumnisurteils ohne ihr Verschulden keine Kenntnis erhalten hat (§ 233 Abs. 2).

Aus später zu erörternden Gründen wird hier für den besonderen Fall der Versäumung des Einspruchs von der Glaubhaftmachung eines unabwendbaren Zufalls abgesehen, und der Nachweis unverschuldeter Unkenntnis vom Laufe der Notfrist als für die Begründung der Restitution ausreichend anerkannt.

3. Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung einer Notfrist ist der Partei auf Antrag auch dann zu erteilen, wenn spätestens am dritten Tage vor Ablauf der Notfrist das zur Wahrung derselben zuzustellende Schriftstück dem Gerichtsvollzieher, oder, sofern die Zustellung unter Vermittelung des Gerichtsschreibers erfolgen soll, dem Gerichtsschreiber zum Zwecke der Zustellung übergeben ist (§ 235 Abs. 1).

Hier wird für alle Fälle ein gewisses Maß der von der Partei behufs eines rechtzeitigen Handelns innerhalb der Notfrist

anzuwendenden Sorgfalt festgesetzt, bei dessen Einhaltung auch ohne Glaubhaftmachung eines unabwendbaren Zufalls die Restitution gewährt werden soll.

4. Das Gleiche gilt, wenn die Versäumung der Notfrist dadurch veranlaßt worden ist, daß das angefochtene Urteil den Prozeßbevollmächtigten des Gegners unrichtig bezeichnet (§ 235 Abs. 2).

Außer diesen Fällen wird die Wiedereinsetzung im Prozesse nicht erteilt; wo einer derselben vorhanden ist, muß sie gewährt werden („ist zu erteilen").

1. Erster Restitutionsgrund. Wiedereinsetzung aus § 233 Abs. 1.

α) Höhere Gewalt.

§ 5.

Das Gesetz benennt als allgemeine justa causa die Verhinderung durch „Naturereignisse oder andere unabwendbare Zufälle". Nach den Motiven (S. 172) und der konstanten Praxis des Reichsgerichts entspricht der Begriff „unabwendbare Zufälle" vollständig jenem der höheren Gewalt (vis major) im materiellen, insbesondere im Handelsrechte (Art. 395 HGB. ä. F.). Dieser aus dem römischen Rechte übernommene Begriff ist aber ein von jeher und namentlich in neuerer Zeit so vielumstrittener, daß Veranlassung besteht, wenigstens mit einem Blick die Entwicklung desselben in der Doktrin hier zu streifen.

Es handelt sich im wesentlichen um den bis auf die Zeit der Glossatoren zurückreichenden Gegensatz einer sog. subjektiven und objektiven vis major-Theorie.

Die Glossatoren suchten, nachdem die Quellen eine Definition des Begriffes vermissen lassen,[17]) das Wesen der vis major im

[17]) In der grundlegenden Digestenstelle l. 3 § 1 naut. 4, 9 finden sich als gleichbedeutend die Ausdrücke vis major und damnum fatale. Ersterer wird aber in den Quellen meist vom einfachen casus gebraucht, während nach der einzigen Definition von damnum fatale (l. 52 § 3 pro soc. 17, 2 dies ein damnum ist, quod imprudentibus accidit, also wieder dem „Zufall" gleichkommt, denn „imprudentes" sind hier „Nichtwissende", „Nichtvorhersehende". (Vgl.

Anschluß an die sedes materiae, das receptum nautarum cauponum stabulariorum, zunächst darin zu finden, daß der Schiffer ꝛc. eine von der in lästigen Vertragsverhältnissen sonst geforderten abweichende verschärfte Diligenz zu prästieren und damit eine erweiterte Haftung zu übernehmen habe, jenseits deren Grenze der casus fortuitus liegt („Inter culpam levissimam et casum fortuitum nihil est medium"). Was der Schiffer bei Anlegung dieses subjektiven Maßstabes nicht mehr zu vertreten hat, ist casus fortuitus oder vis major, das gänzlich unverschuldete Ereignis. Den Kern dieser limitierenden Definition bildet der Gedanke, daß die Frage nach dem Vorhandensein höherer Gewalt immer im Hinblick auf das von dem Haftpflichtigen in concreto betätigte Verhalten, auf die von ihm beobachtete Sorgfalt zu entscheiden sei.

Es machte sich aber in der Glosse auch eine zweite Auffassung geltend. Man ging von den in Anm. 17 alleg. Quellenstelle angeführten Beispielen höherer Gewalt (naufragium, vis piratarum) aus, ordnete, sich daran haltend, alle überhaupt in Betracht kommenden Geschehnisse in die zwei Gruppen „Naturereignisse" und „Feindesgewalt"[18] und fand schließlich ihre gemeinsame Eigenart in der „überwältigenden Wucht" des Auftretens, gegen welche menschliche Kraft nicht aufkommen kann, und die Definition für vis major war gefunden: sie ist der casus, cui resisti non potest, der — in abstracto — unabwendbare Zufall. Letztere Meinung wurde die herrschende und blieb es bis in die neueste Zeit hinein, bis zum Auftreten Goldschmidts (1860), in welchem die ursprüngliche subjektive Ansicht einen neuen, scharfsinnigen und erfolgreichen Vertreter, ihren eigentlichen wissenschaftlichen Begründer fand, so daß man ihn mit Recht den „Vater der subjektiven Theorie" genannt hat.

Goldschmidt, Das receptum nautarum etc. in seiner Zeitschrift f. d. ges. Handelsrecht Bd. 3 S. 89.)

[18]) „Est autem vis major, quae immittitur coelitus" ...; „ab hominibus: incursus hostium, praedonum impetus" (Donellus, Comm. jur. civ. lib. XV c. 43 § 11; XVI c. 6 § 12). Vgl. Gl. ad l. 3 Dig. l. c. in verbis; „Etiamsi sine culpa", wo Accursius neben seiner eigenen subjektiven Auffassung des vis major-Begriffs die im Text berührte objektive Ansicht anderer Glossatoren hervorhebt.

Mit Entschiedenheit wies Goldschmidt wieder auf jenes Verhältnis hin, in welchem die Glossatoren anfangs das Charakteristikum der vis major erblickten: sie ist identisch mit dem casus fortuitus, „dessen Wesen eben darin besteht, daß er nicht verschuldet oder ein solcher ist, welcher durch pflichtschuldiges Verhalten sich hätte abwenden lassen".[19]) M. a. W.: Auf die Art der Haftung des Schiffers ist zurückzugreifen. Und zwar liegt nach Goldschmidt das außerordentliche dieser Haftung in der Übernahme einer besonderen custodia.[20]) Diese custodia-Haftung führt zu einer Erhöhung der gesetzlichen Verpflichtung, zur Haftung auch für solche Ereignisse, welche, an sich nicht imputabel, als casus zu betrachten wären, sich dennoch aber durch Aufwendung außerordentlicher Sorgfalt abwenden lassen, die hier ausnahmsweise zur Pflicht gemacht wird. Den Umfang dieser Haftung hat das richterliche Ermessen unter Berücksichtigung der Totalität des vorliegenden Ereignisses zu bestimmen (Goldschmidt a. a. O. S. 111). Das Kriterium ist folgendes: „Unvertretbar sind jene Naturereignisse, welche ungeachtet aller irgend möglichen und durch die Umstände gebotenen Vorsicht weder abzuwenden, noch in ihren schädlichen Folgen zu vermeiden waren" (S. 115).

Ein gewichtiger Gegner erstand Goldschmidt in Exner,[21]) welcher mit glänzender Darstellungsgabe eine gegenteilige Ansicht verfocht und als der Hauptvertreter der objektiven Theorie zu erachten ist. Ausgehend vom Beweisnotstand des Geschädigten bei Geltendmachung von Ansprüchen aus dem receptum, insbesondere gegenüber den modernen Transportinstituten, erblickt er den der gesteigerten Haftung des nauta zu grunde liegenden Rechtsgedanken darin, jenen Beweisnotstand durch Eliminierung der Schuldfrage zu Lasten des Rezipienten zu beseitigen. Eine Ausnahme soll aber dort zu gunsten des letzteren gemacht werden, wo der kasuelle Charakter des Unfalls prima facie evident ist, sowohl durch die

[19]) Hölder, Krit. Vierteljahrsschrift Bd. 26 S. 532.

[20]) Über diesen Begriff s. neuerdings Bruckner, Die custodia in ihrer Beziehung zur vis major nach röm. Recht.

[21]) Der Begriff der höheren Gewalt (Zeitschrift f. d. Priv. u. öffentl. Recht der Gegenw. Bd. 10 S. 497 ff.).

äußere Provenienz als durch seine Offenkundigkeit und Größe. Exners Definition lautet danach: „Höhere Gewalt ist ein Ereignis, welches 1. außerhalb des Betriebskreises der betreffenden Verkehrsunternehmung entsprungen, durch Hereinwirken in diesen Betriebskreis einen Schaden . . . verursacht hat, und welches 2. vermöge der Art und Weise seines Auftretens die im ordentlichen Laufe des Lebens zu gewärtigenden Zufälle erheblich übersteigt". —

Die Hauptschwäche der Goldschmidt'schen Theorie wird von den Vertretern des objektiven vis major-Begriffs in dem Postulat einer außerordentlichen Sorgfalt des Haftpflichtigen erblickt. Worin besteht diese? Soll es etwa die größte denkbare, eine über die diligentia diligentis patrisfamilias hinausgehende Sorgfalt sein? Eine andere Diligenz — so wird argumentiert — als vernünftigerweise zu erwarten ist, kann nicht verlangt werden. Ihr Begriff würde sich sonst ins Gegenteil verkehren. Die größte überhaupt denkbare Diligenz wäre identisch mit der Haftung für den casus. Die äußerste vernünftigerweise für die Regel zu erwartende Sorgfalt ist aber immerhin keine andere, als die vom Standpunkte eines diligens patrisfamilias gebotene.[22]) Danach würde nicht die Diligenz des Schiffers eine außerordentliche sein, das Eigentümliche seiner Haftung müßte vielmehr auf dem Gebiete des von ihm zu vertretenden Zufalls liegen.

Die Richtigkeit dieser Deduktion ist mit einer notwendigen Einschränkung, welche gerade für das nach vorliegender Abhandlung in Betracht kommende Anwendungsgebiet des vis major-Begriffs von Bedeutung ist, zuzugeben. Es wurde nämlich soeben gesagt: die äußerste vernünftigerweise für die Regel zu erwartende Sorgfalt. Daß eine Steigerung der Diligenz in Ausnahmsfällen über die gewöhnliche Diligenz eines guten Hausvaters hinaus wohl möglich ist, unterliegt keinem Zweifel. Aber eine derartige „Erhöhung der geistigen Anspannung", eine „über das Durchschnittsmaß gehende

[22]) Die Begriffe eines diligentissimus p. f. bezw. einer levissima culpa haben in der Doktrin nicht mehr viel Anklang. Der Begriff der diligentia exacta oder exactissima bezeichnet in den Quellen lediglich den Gegensatz zur dil. quam suis, also die in der Regel zu prästierende Diligenz des Kontraktschuldners. Vgl. Dernburg, Pand. Bd. 2 § 37 Anm. 4.

Kraftentwicklung" kann nicht dauernd gefordert werden, während Haftung bis zu vis major „gerade in Gewerbsverhältnissen stattfinden soll, die eine kontinuierliche Tätigkeit in Anspruch nehmen".[23])

Gegenüber der Exner'schen Auffassung hat aber insbesondere Hölder, welcher im übrigen auf Seite der objektiven Ansicht steht, mit Recht hervorgehoben, daß auch Exners Begriffsbestimmung ein sicheres Kriterium für den einzelnen Fall nicht enthält, und immer noch ein richterliches Eingehen auf die Individualität des konkreten Ereignisses erforderlich ist (S. 535 a. a. O.).

Es haben sich daher auch mehr oder weniger vermittelnde Ansichten gebildet. So definiert nunmehr Dernburg (Pand. Bd. 2 § 39) höhere Gewalt als „Unfälle so außerordentlicher Art, daß im Verkehr mit ihnen nicht mehr gerechnet werden kann", und erblickt die besondere Haftung des Wirtes u. s. w., der nicht bloß für die Sorgfalt eines sorgsamen Hausvaters im gegebenen Fall einzustehen habe, in der Verpflichtung, „die zweckmäßigsten Einrichtungen zum Schutze des Publikums zu treffen". Um das herbeizuführen, habe er auch für zufällige Gefahren, welche das mit ihm verkehrende Publikum treffen, aufzukommen. In diesem Sinne bilde das Unternehmen gleichsam eine Versicherungsanstalt für die mit ihm in Verkehr Tretenden.

Rümelin (Der Zufall im Recht S. 28 ff.) grenzt, ausgehend von dem von ihm entwickelten Gefährdungsbegriffe den Begriff der vis major ebenfalls teils nach objektiven Merkmalen des schädigenden Ereignisses, teils im Hinblick auf das Verhalten des Haftpflichtigen ab.

Nach ihm ist höhere Gewalt: 1. was sich nicht unter den Begriff spezifische Betriebsgefahr bringen läßt, 2. die nicht voraussehbaren Betriebsgefahren, d. h. solche, mit welchen im Verkehr nicht gerechnet wird, 3. unabwendbare Betriebsgefahren, d. h. solche, deren Abwendung nur mit unsinnigen, vom Standpunkt des praktischen Lebens nicht in Erwägung zu ziehenden Maßregeln bewirkt werden könnte.

Einen ganz eigenartigen Standpunkt dagegen nimmt Gerth (S. 25 ff. a. a. O.) ein, welcher nachzuweisen sucht, daß der Begriff der

[23]) Gerth, Der Begriff der vis major S. 10.

vis major quellenmäßig nichts anderes bedeute als den gewöhnlichen casus und „in sich selbst ohne Halt" sei.[24])

Goldschmidts Theorie ist in der Praxis die herrschende geworden und geblieben, nachdem sich die oberstrichterliche Rechtsprechung, insbesondere zunächst diejenige des ehemaligen Bundes- bezw. Reichsoberhandelsgerichts bei Interpretation des Art. 395 HGB. konstant und gewissermaßen offiziell auf ihren Boden gestellt hat. Hienach ist höhere Gewalt „ein unter den gegebenen Umständen auch durch die äußerste diesen Umständen angemessene und vernünftigerweise zu erwartende Sorgfalt weder abzuwehrendes, noch in seinen schädlichen Folgen vermeidliches Ereignis" (Entsch. vom 4. Mai 1871 Bd. 3 S. 259); ein „äußeres Ereignis, dessen Vermeidung durch Vorkehrungen, welche zu dem durch dieselbe zu erreichenden Erfolge nach den allgemeinen Verkehrsanschauungen in vernünftigem Verhältnisse stehen, unmöglich ist" (Entsch. vom 12. November 1872 Bd. 8 S. 30). „Die Frage, ob ein bestimmtes Ereignis als vis major aufzufassen, ist nicht nach einem absoluten Maßstab, sondern nach der Besonderheit des Falles zu beantworten, die bejahende Antwort setzt aber die Unabwendbarkeit des Ereignisses durch die nach Lage des Falles gebotene Vorsicht und die Unüberwindlichkeit des eingetretenen Ereignisses resp. seiner Schadensfolgen durch menschliches Bemühen voraus" (Entsch. vom 4. Februar 1873 Bd. 8 S. 162). Die in diesen Urteilen enthaltene Bestimmung des Begriffes höherer Gewalt wurde auch vom Reichsgericht übernommen und — von einigen Schwankungen abgesehen[25]) — festgehalten. Es bedeutet daher der Begriff vis major fortdauernd die äußerste Grenze der zu prästierenden Sorgfalt.

Praktisch verwertbar war der Begriff bis zum Beginn des vorigen Jahrhunderts lediglich im receptum nautarum ꝛc., dessen Grundsätze in die abendländischen Gesetze übergingen. Erst der Code de commerce (force majeure Art. 103 u. a.) und das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch ä. F. (Art. 395) wie die übrigen Handels-

[24]) Über die weitere einschlägige Literatur s. Knauer, Die höhere Gewalt im Reichsrecht (1901) S. 6 ff.; Gerth a. a. O. S. 119 ff.

[25]) Vgl. RG. v. 5. Januar 1887 Bd. 19 S. 37 mit RG. v. 23. März 1888 Bd. 21 S. 13.

gesetzbücher gaben ihm eine die ursprüngliche weit überschreitende, den modernen Verkehrsbedürfnissen entsprechende Bedeutung. Die Grundsätze des receptum wurden auf das moderne Transportgeschäft (Post, Eisenbahnen, Seeschiffahrt) angewendet.

Auch im Bürgerlichen Gesetzbuch (§ 701) wurde der Begriff der höheren Gewalt zur Begrenzung der Haftpflicht des Gastwirts beibehalten.[26])

Was nun die Stellung unseres Begriffes in den Reichsprozeßgesetzen anlangt, so kommt derselbe nur zur Verwendung im Zusammenhange mit der Versäumung von Terminen und Fristen, insbesondere mit der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen Versäumung einer Notfrist.

Daß die Übertragung des vis major-Begriffs auf das prozessuale Gebiet ein „legislatorischer Mißgriff" war, darüber sind von vornherein alle diejenigen einig, die nicht strikte auf dem Boden der „subjektiven" Auffassung stehen.[27]) Abgesehen davon, daß die ratio der Einführung der „höheren Gewalt" als Grenze der Haftung gewisser Gewerbebetriebe für die ihnen anvertrauten Personen und Güter hier völlig in Wegfall kommt, so kann auch bei der Frage nach dem Vorhandensein von vis major in diesen Fällen von allgemeinen objektiven Kriterien der schädigenden Ereignisse keine Rede sein. Es wird auch von jener Seite mit Recht darauf hingewiesen, daß wenigstens in einer Anzahl reichsgerichtlicher Urteile der prozessuale Begriff der höheren Gewalt lediglich auf das schuldlose Verhalten der Partei abgestellt zu werden scheint.

Hält man indessen für die Zivilprozeßordnung daran fest, daß es jedenfalls die Absicht des Gesetzgebers war, den Begriff der vis major in dem subjektiven Sinne, in welchem er zunächst im Handelsrecht Eingang und Anwendung gefunden hatte, also im Verhält-

[26]) Außerdem findet er sich in §§ 203 und 1996. Ferner hat der vis major-Begriff in folgende Bundes- und Reichsgesetze Eingang gefunden: Ges. über die Nationalität der Kauffahrteisch. v. 25. Oktober 1867 § 16; Gew.Ordn. v. 21. Juni 1869 § 49; Haftpflichtges. v. 7. Juni 1871 § 1; Postges. v. 28. Oktober 1871 § 11; Ziv.Proz.Ordn. v. 30. Januar 1877 §§ 211, 302 (233, 337); StrPrOrdn. v. 1. Februar 1877 § 44; Konk.Ordn. n. F. v. 20. Mai 1898 § 165 (hier durch Verweisung auf ZPO.).

[27]) Vgl. Gerth a. a. S. 186 ff.; Rümelin a. a. O. S. 27 Anm. 10.

nis zu einer erhöhten Haftung oder custodia auf das prozessuale Gebiet zu übernehmen,[28]) so läßt sich m. E. bei folgender Erwägung auch letzteres mit der allgemeinen ratio des vis major-Begriffs rechtfertigen, so daß dieser nicht mehr als ein willkürlich aus Zweckmäßigkeitsgründen hereingepflanzter erscheint, sondern sich in das System des Prozesses organisch einfügt.

Durch den Prozeß entsteht ein neues Rechtsverhältnis öffentlichrechtlicher Natur, nicht zwischen den Parteien, aber zwischen jeder Partei und dem Gerichte.[29]) Wie die Parteien dem Gerichte gegenüber auf rechtliches Gehör und Urteil, nötigenfalls auch auf Zwangsvollstreckung und überhaupt darauf Anspruch haben, daß seitens des Gerichtes alles geschehe, was zur Fest- und Sicherstellung des Rechtes erforderlich ist („Rechtsschutzpflicht"), so sind sie dafür dem Gerichte zur Auskunftserteilung, Stellungnahme gegenüber den Erklärungen des Gegners, zur ordentlichen Fortsetzung der begonnenen Verhandlung, sowie zur Unterwerfung unter das Urteil verbunden; sie haben die allgemeine Verpflichtung, die Prozeßnormen zu beobachten. Diesen Verpflichtungen entspricht ein gewisses Maß der beiderseits anzuwendenden Diligenz, bei deren Mangel jeder der Teile bestimmte

---

[28]) Entschieden mißglückt ist der Versuch v. Canstein s (Zeitschr. f. d. Ziv.Pr. Bd. 16 S. 1 ff. insbes. 111 ff.), „gegen die konstante Praxis des Reichsgerichts und gegen die allgemeine Überzeugung der Juristen Deutschlands" nachzuweisen, daß der Gesetzgeber den Begriff „Naturereignisse und andere unabwendbare Zufälle" in § 211 ZPO. (ä. F.) überhaupt nicht im Sinne der vis major des Handelsgesetzbuchs gedacht habe, und daß für die Wiedereinsetzung aus diesem Paragraphen jeder gewöhnliche Zufall genüge, wenn bloß die Sorgfalt einer ordentlichen Partei angewendet wurde. v. Canstein geht von der unrichtigen prinzipiellen Auffassung des Kontumazialrechts der ZPO. als eines prozessualen Strafrechtes aus, von welchem Standpunkt ihm die Strafe für „gewöhnlichen Zufall" als „Justizmord" erscheint (S. 116). — S. dagegen Hergenhahn in Gruchots Beitr. z. Erl. d. d. Rechts Bd. 39 S. 339 ff.

[29]) Vgl. über diesen Gegenstand Planck, Lehrb. Bd. 1 S. 199 ff., 243 ff.; Wach, Vorträge S. 52 ff.; v. Bülow, Prozeßrechtswissenschaft u. System in Zeitschr. Bd. 27 S. 201 ff.; v. Canstein a. a. O. S. 8 ff.; Schmidt, Lehrb. des d. Zivilprozeßrechts Bd. 1 S. 19 ff. Auf die verschiedenen Auffassungen des durch den Prozeß entstehenden Rechtsverhältnisses zwischen den Parteien untereinander und gegenüber dem Gerichte einzugehen, ist hier nicht der Ort. Die im Text vertretene entspricht derjenigen Plancks.

Nachteile zu gewärtigen hat. So steht es der Partei zu, bei Nachlässigkeit des Richters eine Rüge durch das Obergericht zu provozieren, während ihr Verschulden mit den in der Prozeßordnung festgesetzten Rechtsnachteilen bedroht ist. Der Hauptfall von Parteiverschulden ist das einen geregelten und raschen Prozeßgang hindernde und vereitelnde Nichteinhalten von Terminen und Fristen, die Versäumung. Diese hat neben Nachteilen im Kostenpunkte zur allgemeinen Folge, daß die Partei mit der vorzunehmenden Prozeßhandlung ausgeschlossen wird (§ 230), und zwar ohne vorgängige Androhung und in der Regel, ohne daß es eines auf die Verwirklichung des Nachteiles gerichteten Antrages bedarf (§ 231 Abs. 1). Indessen gewährt die Zivilprozeßordnung, welche den Schwerpunkt des Rechtsstreits in die mündliche Verhandlung verlegt, gegen Versäumung der letzteren allgemein den materiell voraussetzungslosen Einspruch und sichert auch im übrigen die morae purgatio, soweit erhebliche Versäumungen in Frage stehen, in ausreichender Weise.

Die folgenschwerste aller prozessualen Versäumungen ist diejenige einer Notfrist, denn sie führt zum Verluste des Rechtsmittels oder sonstigen Rechtsbehelfes und damit in der Regel auch der weiteren Rechtsverfolgung.

Hier tritt nun in dem Institut der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand eine bedeutsame Wirkung jenes zwischen Partei und Gericht (Staat) entstandenen Rechtsverhältnisses zu Tage. Der Gesetzgeber will die Notfrist im Gegensatz zu den übrigen dem Parteiverfügen unterliegenden Zeitgrenzen des Prozesses als einen „Gegenstand der öffentlichen Ordnung" angesehen wissen, daher entzieht er diese Fristen nicht nur der Parteidisposition, sondern er fordert auch, daß die Partei in Wahrung derselben eine über das gewöhnliche Maß erhöhte Sorgfalt prästiere, vergleichbar der custodia des materiellen Rechts, und hebt daher die Ausschlußfolge der Versäumung nur für den Fall auf, daß diese durch ein selbst bei jener gesteigerten Diligenz nicht abzuwendendes Ereignis, d. i. durch vis major verursacht ist.[30])

[30]) Daß die nachträglich eingefügte Wiedereinsetzung aus § 235 von der Glaubhaftmachung eines unabwendbaren Zufalls absieht, ändert an der

β) Durchführung im einzelnen. Schuldloses Verhalten der Partei. Kausalzusammenhang.

§ 6.

Das Gesetz spricht von Naturereignissen oder anderen unabwendbaren Zufällen. Letzterer Ausdruck ist somit der umfassendere und erfüllt für sich allein den Begriff der vis major; durch Hinzufügung des Beispiels „Naturereignisse" sollte nur die Rechtsprechung einen festen Anhalt bekommen (Mot. S. 172). Es wird dadurch angedeutet, daß auch ein von Menschenhand herbeigeführtes Ereignis ein im Sinne des Gesetzes unabwendbares und daher Restitutionsgrund sein könne. Solche Zufälle können z. B. gefunden werden in einer plötzlichen Erkrankung, in Verhaftung oder sonstiger Freiheitsberaubung,[31]) in obrigkeitlichen Anordnungen der verschiedensten Art (bei Epidemien u. dgl.), Unterbrechung des Verkehrs durch Eisenbahnunfälle, Überschwemmungen, Krieg u. s. w. Ein nach seiner Häufigkeit für die Praxis besonders wichtiger Fall ist die ungerechtfertigte Versagung oder Verzögerung des nachgesuchten Armenrechts.[32])

Zufall ist, was „zufällt", zunächst also was von oben („coelitus") kommt, sodann überhaupt jedes Ereignis, welches an den Menschen von außen herantritt, ohne daß es vorher gesehen ist und erfahrungsgemäß vorhergesehen werden kann.[33]) Sobald die Vorhersehbarkeit gegeben ist, kann von einem eigentlichen Zufall nicht gesprochen werden; in diesem Sinne ist daher jeder Zufall bei seinem Eintritte unabwendbar. Aber er muß nicht nur in seinem Eintritte, sondern auch in seinen Wirkungen, seinen schädlichen Folgen unabwendbar sein; erst wenn erfolglos alles getan ist, um letztere zu beseitigen, ist der „unabwendbare Zufall" im Sinne des Gesetzes anzunehmen.

---

prinzipiellen Stellung des vis major-Begriffs im Institut der Wiedereinsetzung nichts.

[31]) Vgl. RG. v. 24. April 1900 JW. S. 469 N. 4.

[32]) S. im einzelnen die bei Petersen, Komm. § 232 N. 2 u. a. angeführte Judikatur.

[33]) Über den Zufallsbegriff in seinen verschiedenen Relationen vgl. Rümelin a. a. O.

Das hindernde Ereignis muß ohne Schuld der Partei entstanden und durch ihre Tätigkeit nicht zu beseitigen sein.[34]) Bei Prüfung der Frage nach vis major sind daher nicht die objektiven Merkmale des einzelnen Zufalls entscheidend, sondern das diesem gegenüber betätigte Verhalten des Betroffenen. Der Richter hat zu untersuchen, was in concreto zu tun war, und was getan ist, um das Ereignis in seinen schädlichen Folgen abzuwenden. Ein absoluter Maßstab läßt sich bei der Verschiedenheit der äußern Umstände, wie der dem einzelnen zu Gebote stehenden sinnlichen und geistigen Mittel nicht anlegen. Was der eine mühelos tut, das übersteigt die angestrengtesten Kräfte des andern. Was bei dem einen nach der Situation als äußerste Bemühung anzusehen ist, kann in der Lage des andern als gänzlich ungenügend erscheinen. Die Richtschnur gibt der Begriff der Diligenz der sorgsamsten Partei. Sie besteht in der äußersten, den Umständen angemessenen und vernünftigerweise zu erwartenden Sorgfalt. Diese kann sich betätigen in der Vorsicht gegenüber wenn nicht zu erwartenden, so doch zu gewärtigenden Ereignissen oder in den zur Abwehr der schädlichen Folgen getroffenen Vorkehrungen (Raschheit, Zweckmäßigkeit derselben).

Insbesondere soll die Partei, was sie ihrerseits zu tun hat, damit die Frist gewahrt werde, nicht zu lange hinausschieben; denn das Gesetz fordert von den Parteien die Betätigung einer gewissen Sorgfalt in Offenhaltung der zur Zustellung von Prozeßschriften nötigen Zeit.[35])

---

[34]) RG. v. 20. Januar 1883 Bd. 8 S. 375.

[35]) Beispiele: RG. v. 5. November 1880 Bd. 2 S. 425: Die Wiedereinsetzung wird versagt, weil die Berufungsschrift erst am vorletzten Tage der Notfrist dem Gerichtsvollzieher zur Zustellung übergeben wurde; dieser expedierte sie erst am letzten Tage, die Post trug sie ordnungswidrig trotz Übermittelung durch Depesche und Eilboten verspätet aus. — RG. v. 10. März 1881 in Gruch. Beitr. Bd. 26 S. 123: Die Wiedereinsetzung versagt, nachdem das Gesuch um Bewilligung des Armenrechts erst am 5. Tage vor Ablauf der Revisionsfrist angebracht, der das Armenrecht bewilligende Beschluß des Reichsgerichts am letzten Tage der Notfrist zugestellt, dann allerdings die Revisionsschrift sofort zugestellt wurde, aber infolge einer Zugsverspätung nicht mehr rechtzeitig ankam. — RG. v. 13. November 1901 JW. S. 838 N. 10: Restitution

Es wird die äußerste Sorgfalt verlangt, aber es dürfen keine unvernünftigen Anforderungen gestellt werden. Unvernünftig

aus § 233 versagt, weil das Armenrechtsgesuch während der Gerichtsferien erst im letzten Viertel der Revisionsfrist, also so spät abgesendet wurde, daß zur Prüfung und Entscheidung dem Reichsgericht nur 3 Tage geblieben sind. — Vgl. RG. v. 25. September 1884 Bd. 12 S. 375: Hier wird die Wiedereinsetzung der Partei gewährt, die, auf Bewilligung ihres Armenrechtsgesuches für die Berufungsinstanz vertrauend, dessen Verbescheidung abwartete, ohne durch einen Rechtsanwalt einstweilen die Berufung einlegen zu lassen, und dadurch, daß das Berufungsgericht das Armenrecht wegen Aussichtslosigkeit der Rechtsverfolgung versagt und erst das Reichsgericht auf erhobene Beschwerde das Armenrecht erteilt hatte, zur rechtzeitigen Zustellung der Berufungsschrift nicht mehr imstande war. Denn die Partei braucht, wenn sie sich im Recht glaubt, die Abschlagung ihres Armenrechtsgesuchs wegen Aussichtslosigkeit nicht in Aussicht zu nehmen, da sie unter den gesetzlichen Voraussetzungen ein Recht auf Bewilligung des Armenrechts hat. — Dagegen kann die Verzögerung des Armenrechts keinen Grund für die Wiedereinsetzung wegen Versäumung der Notfrist für die sofortige Beschwerde bilden, denn es bedarf zur Einlegung derselben weder der Vertretung durch einen Rechtsanwalt noch der Aufwendung besonderer Kosten; es genügt zur Einlegung die schriftliche Erklärung der Partei selbst oder zu Protokoll des Gerichtsschreibers. Wenn trotzdem die Notfrist versäumt wird, so liegt kein unabwendbarer Zufall vor: RG. v. 24 Februar 1899 JW. S. 176 N. 6. - Ferner RG. v. 23. Dezember 1886 Bd. 17 S. 389: Die Wiedereinsetzung wird gewährt, nachdem das Armenrechtsgesuch für die Berufungsinstanz 14 Tage nach Beginn der Notfrist eingereicht, aber erst nach Ablauf derselben vom Berufungsgericht genehmigt war; der Rest der Berufungsfrist würde genügen für die Erledigung des Gesuchs, für die Bestellung eines Anwalts und für die Zustellung der Berufung. — RG. v. 15. April 1887 Gruch. Beitr. Bd. 32 S. 407: Wiedereinsetzung wird gewährt, nachdem das Armenrechtsgesuch 12 Tage vor Ablauf der Notfrist eingereicht, die Beschwerde gegen den 4 Tage vor Ablauf der Frist zugestellten abweisenden Beschluß aber erst nach dem Ablauf der Notfrist eingelegt wurde. — Hienach wird für die Regel ein Zeitraum von 10 bis 14 Tagen vor Ablauf der Notfrist als für die Instruktion des Armenrechtsgesuchs und die Einlegung des Rechtsmittels genügend angesehen, wobei davon ausgegangen wird, daß die Partei nach Zustellung des Urteils, dessen Gründe sie zunächst in der Regel nicht kennt, einige Zeit haben muß, um sich über die Einlegung des Rechtsmittels schlüssig zu machen. In einem neuerlichen Urteil des RG. v. 10. Januar 1899 JW. S. 90 N. 10 wird es geradezu als „feststehende Rechtsprechung des Reichsgerichts" bezeichnet, daß bei Einreichung des Armenrechtsgesuchs am 10. Tage vor Ablauf der Notfrist „die nach Lage der Sache zu erwartende Sorgfalt"

wäre es, so außerordentliche Vorkehrungen zu verlangen, daß dieselben nach allgemeiner Anschauung zu dem zu erreichenden Erfolge in keinem Verhältnisse mehr stünden.

Die Partei muß „durch" Naturereignisse oder andere unabwendbare Zufälle verhindert worden sein. Zufall und Verhinderung müssen im Verhältnisse von Ursache und Wirkung stehen.[36]) Dieses Erfordernis fehlt bei dem Eintritt eines Zufalles sowohl, wenn nach demselben noch entsprechend gehandelt werden konnte, als auch, wenn die nötigen Schritte zur Wahrung der Notfrist so spät vorgenommen wurden, daß die Wahrung der Frist auch *ohne* den Zufall höchst unwahrscheinlich ist: nicht der eintretende Zufall ist dann der Hinderungsgrund, sondern das Verschulden der Partei.[37])

---

angewendet sei. Doch wurde jüngst — E. v. 22. Oktober 1901 JW. S. 837 N. 8 — Restitution aus § 233 wegen verspäteter Zustellung des das AR. bewilligenden Beschlusses gewährt, obwohl das Gesuch erst am 7. Tage vor Ablauf der Berufungsfrist eingereicht war: *es kommt immer auf die konkrete Sachlage an.* — Immerhin muß die Partei auf eine Verzögerung der Instruktion des Armenrechtsgesuchs gefaßt sein, sie darf nicht in der Erwartung, *daß alles seinen regelmäßigen Lauf nehmen werde*, den letzten Zeitpunkt des Handelns abwarten: RG. v. 8. Februar 1898 JW. S. 155 N. 7; neuerdings v. 8 November 1901 JW. S. 837 N. 9. — Insbesondere hat die Partei auch ihrem Armenrechtsgesuch die nötigen Unterlagen beizufügen; auch hat sie bei Offenhaltung des für die Instruktion nötigen Zeitraumes etwa in Mitte liegende Hindernisse zu berücksichtigen, welche den Geschäftsgang unterbrechen (RG. v. 15. März 1899 JW. S. 277 N. 6). — Vgl. weiter die in den Komm. aufgeführte Judikatur, ferner RG. v. 10. Mai 1899 JW. S. 367 N. 14: Es besteht kein Rechtssatz, daß ein Schriftstück (hier sofortige Beschwerde), das innerhalb bestimmter Frist einer öffentlichen Behörde zugehen muß, *als ihr zugegangen gilt*, wenn es innerhalb der Frist der Post eingeliefert ist, auch wenn anzunehmen wäre, daß es, rechtzeitig abgeholt, bei regelmäßigem Gang der Dinge der Behörde innerhalb der Frist hätte zugehen können.

[36]) Über Kausalzusammenhang im allgemeinen s. die neuere Literatur bei *Laß-Maier*, Haftpflichtrecht 1902 S. 21 ff.

[37]) Beispiel: RG. v. 7. Januar 1881 Bd. 3 S. 419: Die Berufungsfrist war dadurch versäumt, daß der Offizialvertreter I. Instanz von der Zustellung des Urteils seine Partei nicht in Kenntnis setzte, der Vertreter II. Instanz aber erst nach Ablauf der Notfrist sich von der Zustellung des Urteils durch Einsicht der Gerichtsakten überzeugte.

Es genügt zur Wiedereinsetzung aus § 233 nicht, daß die Partei ihr schuldloses Verhalten in Betätigung der zur Einhaltung der Notfrist erforderlichen Handlungen glaubhaft macht, sondern sie hat darzutun, daß die Versäumung durch einen Zufall verursacht sei, der die Einhaltung auch bei Aufgebot der äußersten nach Lage der Sache zu erwartenden Sorgfalt unmöglich gemacht hat. Und zwar muß im Fall, daß der Zufall den Vertreter betroffen hat, auch ihr — der Partei — selbst es unmöglich gewesen sein, die Notfrist durch ihre eigene Tätigkeit bezw. durch Aufstellung eines anderen Vertreters, zu wahren. Macht sie dies glaubhaft, so kommt es auf die Tatsache eines Verschuldens in concreto nicht mehr an: die Verhinderung wäre ja auch ohne dasselbe eingetreten.[38])

Zur Wiedereinsetzung aus § 233 Abs. 1 ist nicht notwendig, daß die Partei von dem Laufe der Notfrist vor Eintritt des Zufalls Kenntnis gehabt habe.[39] Aus der Spezialvorschrift des § 233 Abs. 2 läßt sich das Gegenteil nicht schließen. Wenn bei Versäumung der Einspruchsfrist die unverschuldete Unkenntnis von der Zustellung des VU. genügt, so geht daraus nur hervor, daß, wenn die Restitution wegen Unkenntnis der Zustellung einer anderen Entscheidung nachgesucht wird, das schuldlose Verhalten der Partei nicht hinreicht, sondern auch der Nachweis, daß die Unkenntnis durch vis major verursacht sei, hier nicht nachgelassen wird.

Die Wiedereinsetzung ist „einer Partei", welche ... zu erteilen. Ist ein gesetzlicher Vertreter vorhanden, so hat im Sinne des Gesetzes dieser als die Partei zu gelten, er ist in Wahrheit „im Prozesse die Partei selber". Ebenso wird, wenn ein Prozeßbevoll-

[38]) Beispiel: RG. v. 20. Januar 1883 Bd. 8 S. 375: Dem Kläger, welcher rechtzeitig das Armenrecht für die Berufungsinstanz nachgesucht hatte, wurde der dasselbe ablehnende Beschluß erst 3 Tage vor Ablauf der Notfrist zugestellt. Erst 8 Tage darauf führte er Beschwerde und legte 9 Tage nach Zustellung des derselben stattgebenden Beschlusses die Berufung mit Antrag auf Wiedereinsetzung ein. Gegenüber dem dieselbe verwerfenden Urteil wurde auf Zurückverweisung erkannt, um nachzuprüfen, ob, unabhängig vom eigenen Verhalten des Klägers, in der gerichtlichen Behandlung des Antrags ein objektives Hindernis lag oder nicht.

[39]) A. M. Hellmann, Komm. § 211 Anm. 2.

mächtigter aufgestellt ist, die Partei gemäß § 81 durch ersteren repräsentiert, sodaß die vis major den Bevollmächtigten, nicht die Partei selbst, betroffen haben muß, damit die Wiedereinsetzung gerechtfertigt sei.[40]) Desgleichen muß, wie oben ausgeführt, das Verhalten des Vertreters bei Einhaltung der Notfrist ein schuldloses sein, das Verschulden desselben ist sowenig Restitutionsgrund, daß es vielmehr die Restitution ausschließt.[41]) Daneben kommt aber, wie erwähnt, das Verhalten der Partei selbst in Betracht.

2. Zweiter Restitutionsgrund. Wiedereinsetzung aus § 233 Abs. 2.

§ 7.

Hat eine Partei die Einspruchsfrist versäumt, so ist ihr die Wiedereinsetzung auch dann zu erteilen, wenn sie von der Zustellung des Versäumnisurteils ohne ihr Verschulden keine Kenntnis erlangt hat.[42])

---

[40]) RG. v. 7. Januar 1881 a. a. O. (Anm. 37); 29. März 1881 Bd. 3 S. 435.

[41]) Vgl. die mehrcit. Entsch. v. 7. Januar 1881. Ein Verschulden des Anwalts kann hienach darin liegen, daß ein Schreiben — hier das Ersuchen an den Vertreter der Vorinstanz um Aktenmitteilung — unfrankiert abging und daher mit Porto belastet uneröffnet zurückkam. RG. v. 28. November 1882 in Seuff. Arch. Bd. 38 N. 270 versagt die Restitution, weil die Versäumung darauf beruht, daß der Anwalt des Revisionsklägers dem Gegner eine unbeglaubigte Abschrift der Revisionsschrift zustellen ließ, die er für beglaubigt hielt. Das Verschulden lag also in der ungenügenden Kontrolle des Kanzleipersonals, die allerdings bezüglich des formellen Geschäftsganges einem beschäftigten Anwalte in solchem Grade auch nur in den wichtigsten Fällen, so bei Wahrung von Notfristen, zugemutet werden kann. — Als ein die Wiedereinsetzung ausschließendes Verschulden wurde es vom Reichsgericht angesehen, daß die Partei bezw. ihr Vertreter I. Instanz sich nach dem Schicksal des dem Vertreter II. Instanz vier Tage nach Beginn der Notfrist übermittelten Auftrags zur Revisionseinlegung, der nicht an die Adresse gelangte, während des ganzen Restes der Notfrist nicht kümmerte, obwohl weder eine Nachricht vom Aktenempfange noch von der Terminsanberaumung beim Revisionsgerichte anlangte (E. v. 25. Januar 1897, Gruch. Beitr. Bd. 41 S. 1160).

[42]) Muß die Zustellung im Auslande oder durch öffentliche Bekanntmachung erfolgen (§§ 199, 203), so hat das Gericht die Einspruchsfrist im

Ergeht eine Entscheidung, zu deren Anfechtung eine Notfrist gegeben ist, nach kontradiktorischer Verhandlung oder, vielleicht ohne mündliche Verhandlung (z. B. im Falle des § 46 Abs. 2) auf *Antrag* einer Partei, welcher die sofortige Beschwerde zusteht, oder nach *Anhörung* derselben (z. B. im Falle des § 102 Abs. 2), so kann erwartet werden, daß sie Sorge trage, sich von der zu erwartenden Zustellung der Entscheidung Kenntnis zu verschaffen; insbesondere mag sie, da ihr ja die Tatsache, daß eine Entscheidung ergangen ist oder bevorsteht, bekannt ist, Maßregeln zur Vermeidung der Mängel treffen, die einzelnen Arten der Zustellung (Ersatzzustellung, Zustellung an den Zustellungsbevollmächtigten) anhaften. Tut sie in dieser Hinsicht alles vernünftigerweise zu Erwartende, und erhält sie oder ihr Vertreter trotzdem von der Zustellung keine Kenntnis, so wird ein unabwendbarer Zufall im Sinne des § 233 Abs. 1 anzunehmen sein.

Anders verhält es sich beim Versäumnisurteil. Zwar wird auch hier in den Fällen, wo die rechtzeitige Ladung der Partei zum Verhandlungstermine nachgewiesen ist, keine Veranlassung zur Wiedereinsetzung wegen Unkenntnis der Zustellung des VU. gegeben sein; denn die kontumazierte Partei mußte die Erlassung des VU. im Falle ihres Nichterscheinens vorhersehen und dessen Zustellung gewärtigen.

Hat aber die säumige Partei schon von der Zustellung der *Klage* keine Kenntnis erhalten, so kann ihr bei Unkenntnis der Zustellung des VU. auch dann kein Verschulden beigemessen werden, wenn sie nicht jene *besondere* Sorgfalt beobachtet hat, welche ihr andernfalls oblag. Diese Möglichkeit liegt aber besonders bei Zustellungen nach §§ 181 ff., 204 (Ersatz- und öffentliche Zustellung) sehr nahe.

Doch kann m. E. nicht mit Grund gesagt werden, daß *nur* in einem solchen Falle (unverschuldeter Unkenntnis der Zustellung des ersten VU. *und* der Klage) die W. aus § 233 Abs. 2 zu er-

---

Versäumnisurteil oder nachträglich durch besonderen Beschluß zu bestimmen (§ 339 Abs. 2). Im letzteren Falle beginnt die Notfrist mit der seitens der kontumazierten Partei an den Gegner zu bewirkenden Zustellung des Beschlusses, so daß, wenn letzterer erst nach dem Versäumnisurteil zugestellt ist, die Notfrist erst mit der Zustellung des Beschlusses eröffnet wird.

teilen sei. Denn nach den Motiven S. 173 zu dem unverändert angenommenen § 204, Ges. § 211, jetzt § 233 dient die Vorschrift des Abs. 2 „auch zur Erledigung von Bedenken, welche in betreff der Zustellung an Zustellungsbevollmächtigte und mittelst Aufgabe zur Post sich erheben lassen". Die Anordnung der Aufstellung eines Zustellungsbevollmächtigten kann aber nur in einem anhängigen Prozesse erfolgen, und die Zustellung mittelst Aufgabe zur Post geschieht nur im Falle der Zuwiderhandlung gegen diese Anordnung. Es muß daher die Partei in diesem Falle von der erhobenen Klage Kenntnis haben. Somit stimmt die Tendenz der in Frage stehenden Vorschrift genau mit dem Wortlaut überein, wornach es lediglich darauf ankommt, daß die Partei von der Zustellung des Versäumnisurteils — gleichviel in welchem Stadium des Prozesses — keine Kenntnis erhalten hat. Aber allerdings unter der Voraussetzung, daß dies ohne ihr Verschulden eintritt, d. h. die Partei muß in einer Sache, deren Anhängigkeit sie kennt, ihrerseits alles getan haben, um die richtige Zustellung zu ermöglichen: das ist eben der Mangel des Verschuldens. Hat sie ihrerseits das Erforderliche versäumt, so kommt weiter zu erwägen, ob ihre Säumnis im Kausalnexus zu der Unkenntnis gestanden ist. Letzterer ist auch dann anzunehmen, wenn ein vor der Zustellung liegendes Verschulden der Partei für den bei der Zustellung eingeschlagenen Weg ursächlich geworden ist.[43])

[43]) So auch RG. v. 14. März 1895 in Seuff. Arch. Bd. 51 N. 64. Dem Beklagten hatte sein Anwalt im März das Mandat gekündigt. Am 25. Mai stellte er einen anderen Anwalt auf, ohne daß dieser seine Bestellung dem Gegner anzeigte. Dieser ließ das Versäumnisurteil dem früheren Anwalt des Beklagten mittelst Ersatzzustellung an seinen Schreiber zustellen, durch dessen Nachlässigkeit die Inkenntnissetzung seines Chefs und damit des Beklagten selbst unterblieb, und die Einspruchsfrist versäumt wurde. Bei richtigem Verhalten des Beklagten und seines neuen Anwalts wäre die Zustellung des Versäumnisurteils in solch anderer Weise erfolgt, daß die Partei rechtzeitig davon Kenntnis erhalten hätte. —

Der gegenteiligen Meinung bei Gaupp-Stein, Anm. 25 zu § 233, sofern sie damit motiviert ist, daß das Gesetz hier „keinen unabwendbaren Zufall verlange", ist nicht beizupflichten. Es wird in vorstehendem Urteile nicht einmal jene außergewöhnliche Sorgfalt verlangt, welche die Grenze des unabwendbaren Zufalls im Sinne des § 233 Abs. 1 bezeichnet, sondern

Der Mangel eines Verschuldens ist nach dem Wortlaute des Gesetzes die einzige Voraussetzung zur Restitution aus dem zweiten Wiedereinsetzungsgrunde, während von dem Erfordernis des unabwendbaren Zufalls abgesehen wird, oder vielmehr von dem Erfordernis der besonderen Glaubhaftmachung eines solchen. Denn bei der nun einmal unvermeidlichen Anwendung des subjektiven vis major-Begriffs auf die prozessuale Wiedereinsetzung bezeichnet ja auch der unabwendbare Zufall des § 233 Abs. 1 im Grunde nichts anderes als die äußerste Grenze der in Wahrung der wichtigen Notfristen zu beobachtenden Diligenz. Auch für die Wahrung der Einspruchsfrist muß, da ein innerer Grund für eine verschiedene Bewertung und Behandlung nicht vorliegt, jene äußerste Diligenz verlangt werden. Die Besonderheit, welche eine Erleichterung der Restitution in diesem Falle veranlaßt hat, liegt lediglich in den vom Willen der Partei unabhängigen Mängeln des Zustellungssystems der Zivilprozeßordnung.

Der Sinn des zweiten Restitutionsgrundes ist der: Hat eine Prozeßpartei ihrerseits jene äußerste Sorgfalt prästiert, welche ihr in Wahrung von Notfristen obliegt, so soll die auf jenen Mängeln des Zustellungssystems beruhende Unkenntnis von der Zustellung des

nur die gewöhnliche Diligenz einer sorgsamen Partei in Wahrung ihrer prozessualen Verpflichtungen, welche jenem oben berührten Verhältnisse zwischen der Prozeßpartei und dem Gerichte angemessen, und deren Nichtbeobachtung mit den gesetzlichen Nachteilen bedroht ist. Im Anwaltsprozesse nach Lösung des Mandatsverhältnisses für eine andere Vertretung zu sorgen und dies dem Gegner anzuzeigen, ist sicherlich Sache der gewöhnlichsten Sorgfalt. Von dem Verlangen eines unabwendbaren Zufalls zur Wiedereinsetzung aus § 233 Abs. 2 kann daher in diesem Urteil keine Rede sein. Wohl aber wird mit Recht der Mangel eines Verschuldens verlangt.

Dagegen kann einer anderen hier einschlägigen Entsch. des RG. vom 18. April 1899 JW. S. 300 N. 2 nicht zugestimmt werden. Der Restitutions-Implorant hatte, obwohl ihm ein Rechtsstreit in Aussicht stand, sich entfernt, ohne dafür zu sorgen, daß die zu bewirkenden Zustellungen ihn erreichen konnten, und es war dadurch die Einspruchsfrist versäumt. Es wurde angenommen, mit Recht habe der die Restitution versagende Berufungsrichter bei Beurteilung der Frage des Verschuldens nicht das Verhalten einer achtsamen „Partei" als solcher, sondern dasjenige eines seine Angelegenheiten in verständiger Weise wahrnehmenden Mannes in Betracht gezogen. — Dies verstößt gegen den Wortlaut des Gesetzes und entspricht nicht seinem Zwecke.

Versäumnisurteils ohne einen besonderen Nachweis dafür als ein unabwendbarer Zufall angesehen werden.[44]) Es bildet daher der Absatz 2 des § 233 nicht hinsichtlich der Voraussetzungen der Wiedereinsetzung an sich, sondern nur hinsichtlich des Erfordernisses ihres Nachweises eine Ausnahme von dem Prinzip des Absatz 1.

Eine besondere Berücksichtigung erheischen die Fälle, in denen die Partei während des Laufes der Einspruchsfrist noch von der Zustellung des Versäumnisurteils Kenntnis erhalten hat. Es bestehen hier verschiedene Möglichkeiten. Erfolgt diese Kenntnis — gleichviel ob die ursprüngliche Unkenntnis verschuldet war oder nicht — so früh, daß die Wahrung der Notfrist bei Anwendung der nötigen Sorgfalt möglich ist, so kann im Falle der Versäumung höchstens die Wiedereinsetzung aus § 233 Abs. 1 in Betracht kommen. Erhält die Partei von der Zustellung *ohne ihr Verschulden* so spät Kenntnis, daß die Wahrung der Einspruchsfrist nicht mehr zu bewirken ist, so hat die Wiedereinsetzung aus Abs. 2 statt.[45]) War es dagegen von ihr durch Unterlassung der gebotenen Vorsicht verschuldet, daß sie zwar noch innerhalb der Notfrist, aber verspätet von der Zustellung Kenntnis erhielt, so kann selbst bei Hinzutreten eines unabwendbaren Zufalls — z. B. durch mangelhafte Postbeförderung u. dgl. — eine Wiedereinsetzung aus Abs. 1 nicht statthaben, weil dann nicht der unabwendbare Zufall, sondern ihr Verschulden als die eigentliche Ursache der Versäumung zu gelten hat. Denn eigenes Verschulden schließt die Wiedereinsetzung aus § 233 Abs. 1 aus.

Restitutionsgrund ist lediglich die Unkenntnis von der *Zustellung*. Hat daher die Partei Kenntnis, daß ihr ein VU. in einer gewissen Sache zugestellt sei — Prozeßgericht, Streitgegenstand und Gegner muß sie zur Einlegung des Einspruchs kennen (§ 340) — so kann sie die Wiedereinsetzung nicht darauf stützen, daß das Urteil nicht in ihren Besitz gekommen sei; nicht einmal darauf, daß

[44]) Bei der Wiedereinsetzung im Strafprozesse ist dies direkt ausgesprochen: „Als unabwendbarer Zufall ist es anzusehen, wenn der Antragsteller von einer Zustellung ohne sein Verschulden keine Kenntnis erlangt hat." (St.-PO. § 44.)

[45]) So auch die Komm.

sie von demselben keine Einsicht nehmen konnte: der Einspruch erfordert, da die Vorschrift in Abs. 2 a. a. O. nur instruktioneller Natur ist, keine materielle Begründung.

Ist die Unkenntnis durch den Vertreter verschuldet, so kommt der allgemeine Grundsatz des § 232 Abs. 2 zur Anwendung. Aber auch hier ist daran festzuhalten, daß auch der Zustellungsbevollmächtigte innerhalb des Rahmens seiner Tätigkeit als „Vertreter" der Partei gilt.[46]) Ist es daher sein Verschulden, daß die Partei nicht von der Zustellung des Versäumnisurteils Kenntnis erhielt, so ist diese Unkenntnis auch für die Partei nicht als eine unverschuldete anzuerkennen. Die Wiedereinsetzung aus § 232 Abs. 2 kann nur auf jene Fälle einer durch die Zustellung an den Zustellungsbevollmächtigten herbeigeführten Unkenntnis von der Urteilszustellung bezogen werden, in denen den Zustellungsbevollmächtigten kein Verschulden trifft.

3. Dritter Restitutionsgrund. Wiedereinsetzung aus § 235 Abs. 1.

§ 8.

Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung einer Notfrist ist der Partei auf Antrag auch dann zu erteilen, wenn spätestens am dritten Tage vor Ablauf der Notfrist das zur Wahrung derselben zuzustellende Schriftstück dem Gerichtsvollzieher, oder, soweit die Zustellung unter Vermittelung des Gerichtsschreibers erfolgen soll, dem Gerichtsschreiber zum Zwecke der Zustellung übergeben ist.

Dieser Restitutionsgrund enthält eine weitere Ausnahme von dem in der Zivilprozeßordnung hinsichtlich der Wiedereinsetzung zur Annahme gelangten allgemeinen Prinzip, wonach letztere nur im Falle der glaubhaft gemachten vis major zu gewähren ist. Auch er macht die Erteilung der Rechtshilfe lediglich von der Glaubhaftmachung abhängig, daß die Partei kein Verschulden trifft. Schuldloses Verhalten aber wird angenommen, wenn die Partei in Übergabe des Schriftstückes die hier normierte Zeitgrenze innegehalten hat.[47])

[46]) Vgl. oben S. 7.

[47]) Es ist zum Verständnis dieser Ausnahmebestimmung, die erst nach

„Das materielle Recht steht höher als das System eines Pro-

langen Kämpfen durch die Justizkommission des Reichstages in das Gesetz eingeführt wurde, notwendig, ihre Entstehungsgeschichte kurz zu berühren. (Vgl. Komm.Pr. S. 65 ff., 76, 111 ff., 123 ff., 535 f., 666 f.; Just.Komm.Pr. 168. Sitzung S. 2 f.)

Während nach dem früher geltenden Prozeßrechte eine Notfrist durch die innerhalb derselben erfolgte Einreichung des betreffenden Schriftsatzes bei Gericht gewahrt wurde, stellte die RZPO. als Regel auf, daß der Schriftsatz innerhalb der Frist dem Gegner zuzustellen sei. Und zwar geschieht die Zustellung auf Betreiben der Partei und regelmäßig durch den Gerichtsvollzieher bezw. unter Vermittelung des Gerichtsschreibers. Diese Einrichtung führt den Nachteil mit sich, daß die Partei auch dann, wenn sie ihrerseits alles zur Wahrung der Notfrist Erforderliche gethan hat, Gefahr läuft, die Frist durch Nachlässigkeit der mit der Zustellung beauftragten Personen zu versäumen.

Solchem Übelstande wollten die bei der ersten Lesung der ZPO. in der Kommission eingebrachten Anträge begegnen. Abg. Bähr beantragte hinter § 173 des Entw. (Gesetz jetziger Fassung § 197) einen § 173a einzuschalten, der neben Vorschriften für Gerichtsschreiber, Gerichtsvollzieher und Postboten über die von ihnen einzuhaltende Frist der Zustellung eine Bestimmung enthielt, wonach, „wenn die Partei das zuzustellende Schriftstück so zeitig dem Zustellungsbeamten übergeben hätte, daß bei Einhaltung dieser Fristen unter Hinzurechnung des regelmäßigen Postenlaufes eine durch die Zustellung zu wahrende Frist eingehalten sein würde, die Frist als gewahrt gelten sollte, auch wenn die Zustellung verspätet erfolgt wäre", analog der Bestimmung in § 183 des Entw., jetzt § 207 Abs. 1. Eventuell wurde beantragt, der Partei im Falle der verspäteten Zustellung einen Anspruch auf Wiedereinsetzung i. d. v. St. zu gewähren. Abg. Forcade de Biaix beschränkte seinen die gleiche Tendenz verfolgenden Antrag zu § 194 des Entw. auf die Notfristen, wollte aber, daß es schon genüge, wenn nur „innerhalb derselben" das Schriftstück übergeben wäre. Abg. Struckmann verlangte in § 204 (jetzt § 233) hinter dem Worte „Zufälle" die Einschaltung: „oder durch Versäumung der bei der Zustellung beteiligten Personen", später: „oder durch eine bei der Zustellung eingetretene Verzögerung". In der Diskussion trat eine nicht geringe Animosität gegenüber dem einzuführenden Institut der Gerichtsvollzieher, insbesondere als Zustellungsbeamter, zutage, über deren Tätigkeit die Partei keine unmittelbare Verfügung und Kontrolle hätte. Die Nichteinhaltung von Formen werde den Verlust des materiellen Rechtes nach sich ziehen, obwohl die Einhaltung der Formen in die Hand Dritter gelegt sei: Die culpa der Zustellungsbeamten verschaffe dem Gegner einen unberechtigten Vorteil. — Seitens der Regierungsvertreter wurden die Anträge energisch bekämpft, und vor allem hervorgehoben, daß durch deren Annahme die Zustellung der Kontrolle des

zesses."[48] Soweit dieses die Wahrung der wichtigen Notfrist von der Zustellung an den Gegner abhängig macht, die Partei aber zwingt, sich zu diesem Akte einer amtlichen Mittelsperson zu bedienen, deren Handlungen nicht wie die eines „Vertreters" ihrer Kontrolle unterliegen, und über welche sie nicht verfügen kann, so

Gegners entzogen würde. Es seien bereits Vorschriften vorhanden, welche die Zustellung in einem anhängigen Prozesse erleichtern, insbesondere diejenigen über den Zustellungsbevollmächtigten. Mit dem im Entwurfe durchgeführten System habe man anderwärts günstige Erfahrungen gemacht. — Demgegenüber wurde bemerkt, daß das „System" des Entwurfs bereits in § 183 durchbrochen sei.

Zur Annahme gelangte der Antrag Forcade de Biaix, wodurch der Antrag Struckmann erledigt war. Bähr hatte seinen Antrag zurückgezogen.

Als § 205a beantragte späterhin Abg. Becker an Stelle des Amendements Forcade de Biaix einzusetzen:

„Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung einer Notfrist ist der Partei auf Antrag auch dann zu erteilen,

1. wenn im Anwaltsprozesse spätestens am vierten Tag vor Ablauf der Notfrist der Prozeßbevollmächtigte von der Partei zur Vornahme der versäumten Prozeßhandlung ausdrücklich beauftragt ist;
2. wenn vor dem letzten Tage der Notfrist das zur Wahrung desselben zuzustellende Schriftstück dem Gerichtsschreiber oder dem Gerichtsvollzieher zum Zwecke der Zustellung übergeben ist."

Die Nr. 2 war bereits durch die Annahme des Forcade de Biaix'schen Amendements im Prinzip angenommen, und es wurde dieser Teil nicht weiter bekämpft; um so heftiger aber Nr. 1. Seitens der Regierungsvertreter fand die damit beabsichtigte Wiedereinführung der „höchst bedenklichen" restitutio ex culpa advocati äußersten Widerstand. Trotzdem wurde der Antrag im ganzen angenommen, und auch noch in der zweiten Lesung des Gesetzes durch die Kommission aufrechterhalten. Der Bundesrat beschloß, den § 205a zu streichen

In der Justizkommission beantragte endlich Abg. Struckmann:

1. die N. 1 zu streichen,
2. die N. 2 dahin zu ändern: „wenn spätestens am dritten Tage vor Ablauf der Notfrist . . ."

Durch Annahme dieses Antrages erhielt Abs. 1 die Fassung der ZPO. v. 30. Januar 1877, welche lediglich durch die Novelle v. 17. Mai 1898 eine kleine Abänderung erfuhr, wovon unten die Rede ist. —

Die breitere Heranziehung der gesetzgeberischen Materialien, deren Bedeutung nicht überschätzt wird, rechtfertigt sich für diese Abhandlung durch die Natur vorwürfigen Gesetzes.

[48]) Abg. Bähr anläßlich der Kommissionsberatung.

ist es ein Gebot der Billigkeit, daß sie nicht nur gegen Zufälle, die eine solche Mittelsperson betreffen, und welche für sie — die Partei — fast stets als „unabwendbare" anzusehen sein werden, sondern auch gegen das Verschulden der letzteren geschützt werde. Freilich nur unter der Voraussetzung, daß sie selbst hinsichtlich der in ihrer Handlung gelegenen Akte zur Wahrung der Notfrist alle Sorgfalt angewendet habe.

Sie darf daher keinesfalls das, was sie ihrerseits zu thun hat, damit die Frist gewahrt werde, bis zur letzten Stunde aufschieben, so daß die Zustellungsbeamten gezwungen sind, außergewöhnliche, die regelmäßige Abwickelung ihrer sonstigen Dienstgeschäfte hindernde Maßregeln zu ergreifen, damit Zustellung rechtzeitig ausgeführt werde.[49])

Die Tätigkeit der Partei endigt mit der Übergabe des zuzustellenden Schriftsatzes an den Gerichtsvollzieher, bezw. Gerichtsschreiber. Diese Übergabe muß daher, sofern sie sich darauf berufen will, daß der Zustellungsbeamte die Versäumung verursacht habe, zur rechten Zeit erfolgt sein. Als solche statuiert das Gesetz den dritten Tag vor Ablauf der Notfrist. Ist die Übergabe nach diesem Zeitpunkte geschehen, so geht der dritte Restitutionsgrund verloren, und die Wiedereinsetzung kann nur auf höhere Gewalt gegründet werden.

„Dritter Tag vor Ablauf der Notfrist" ist der drittletzte; d. h. es müssen außer dem Tage der Übergabe mindestens 2 volle Tage, den Tag des Notfristablaufs inbegriffen, bis zum Ablauf der Frist offen sein.[50]) Der Ablauf der Frist bestimmt sich nach § 222.[51])

[49]) Vgl. die Anm. 35 alleg. Entscheidungen.

[50]) RG. v. 18. Januar 1882 Seuff. Arch. Bd. 37 N. 255; 6. Juni 1882 Entsch. Bd. 7 S. 315. — A. M. LG. Leipzig im Sächs. Arch. Bd. 4 S. 720, wonach der Tag des Ablaufs nicht mitzurechnen sei. Dem steht der klare Wortlaut des § 235 „vor Ablauf der Notfrist" (nicht: vor dem Tage des Notfristablaufes) entgegen.

[51]) Ist eine besondere Gerichtsschreiberei (Annahmestelle) für die Entgegennahme aller für die Gerichtsschreiberei bestimmten Schriftstücke eingerichtet, so ist der Tag der Übergabe bei dieser Stelle entscheidend. Dies gilt auch für den Einwurf in den für jenes Bureau eingerichteten Briefkasten während der Geschäftsstunden (Wilmowsky-Levy Komm. § 213 Anm. 2).

Die Zeit der Übergabe ist vom Gerichtsvollzieher bezw. Gerichtsschreiber auf der Urschrift und den Abschriften des zuzustellenden Schriftstücks zu vermerken und der Partei auf Verlangen zu bescheinigen (§ 169 Abs. 2). Diese Bescheinigung ist für die Begründung des Wiedereinsetzungsantrages von Wichtigkeit. Übrigens sind natürlich auch andere Beweismittel zulässig.

Die Zustellung unter Vermittelung des Gerichtsschreibers, welche früher nur im amtsgerichtlichen Prozesse statthaft war (§ 152 Abs. 2 ä. F.), ist durch die Novelle von 1898 auch im Anwaltsprozesse für zulässig erklärt, jedoch nur in Ansehung jener Zustellungen, durch welche eine Notfrist gewahrt werden soll (§ 166 Abs. 2). Im Parteiprozesse wird vermutet, daß die Partei die Vermittelung des Gerichtsschreibers in Anspruch nehmen wolle, und hat sie andernfalls zu erklären, daß sie selbst den Gerichtsvollzieher beauftragen werde. Und zwar muß, um die Vermittelung des Gerichtsschreibers zu vermeiden, im Anwaltsprozesse diese Erklärung in dem zuzustellenden Schriftsatz enthalten sein (§ 168). Letzteres trifft aber auch im Parteiprozeß in dem hier in Betracht kommenden Falle der Einlegung des Einspruchs gegen ein Versäumnisurteil zu (§ 501).

Hier ist nun die Frage, welcher Zeitpunkt im Falle der Inanspruchnahme der Vermittelung des Gerichtsschreibers als derjenige der Übergabe zum Zwecke der Zustellung zu betrachten ist.

Jastrow (in der Zeitschr. f. d. CP. Bd. 8 S. 299 ff.) verficht die Auffassung, daß in dem Augenblicke, da das Schriftstück mit der Terminsbestimmung an den Gerichtsschreiber zurückgelangt, dasselbe erst „zum Zwecke der Zustellung übergeben" sei. Struckmann-Koch (Anm. 3) nehmen die Übergabe als im Momente der Terminsansetzung geschehen an. Demgegenüber hebt Jastrow mit Grund hervor, es würde diese Fiktion bedingen, daß der Gerichtsschreiber gerade im Augenblicke der Terminsbestimmung die tatsächliche Verfügung über den Schriftsatz erhalte. Auch Planck (Lehrb. Bd. 2 S. 592) teilt die Ansicht Jastrows, da das Gesetz von der Partei die rechtzeitige Übergabe eines „zustellungsreifen Schriftstücks" verlange. Es ist indessen der herrschenden Meinung beizupflichten, wonach der in § 235 gemeinte Zeitpunkt der der ur-

sprünglichen Übergabe an den Gerichtsschreiber ist: denn diese geschieht bereits „zum Zwecke der Zustellung", vom diesem Augenblicke an ist die Partei von der Mitwirkung ausgeschlossen. Davon, daß das Schriftstück gerade in der Form wie übergeben, also ohne jeden weiteren Zusatz zugestellt werden müsse, sagt das Gesetz nichts; mag das übergebene Schriftstück daher auch ohne Terminsbestimmung nicht „zustellungsreif" sein, immerhin ist und bleibt es dasselbe Schriftstück, welches zum Zwecke der Zustellung übergeben ist.

Wäre die Ansicht Jastrows richtig, wonach der ganze in § 235 Abs. 1 gesetzte Zeitraum dem Gerichtsschreiber noch nach der Terminsbestimmung für die Besorgung der Zustellung offen zu bleiben hätte, so müßte die Partei, um in Wahrung der Notfrist nach § 235 sicher zu gehen, im Hinblick auf § 216 Abs. 2, wonach die Terminsbestimmung binnen 24 Stunden nach Einreichung des eine Ladung enthaltenden Schriftsatzes erfolgt, letztern um einen vollen Tag früher einreichen, als § 235 besagt. Diese Ausdehnung des hier normierten Zeitraumes läge aber — und das ist m. E. entscheidend — schon nach der oben berührten Entstehungsgeschichte des Paragraphen nicht im Sinne des Gesetzgebers, dessen Wille zunächst in der Annahme des Antrages, wonach die Übergabe vor dem letzten Tage der Notfrist zur richtigen Wahrung derselben genügen sollte, zum Ausdruck kam. Wenn an Stelle des vorletzten Tages der drittletzte gesetzt wurde, so geschah dies lediglich im Wege des Kompromisses.

Nach Vorstehendem hat daher die oben erwähnte Bescheinigung des Gerichtsschreibers den Zeitpunkt der ursprünglichen Übergabe des Schriftstückes zu beurkunden.

Da die Notfrist nur durch Bewirkung einer gültigen Zustellung gewahrt wird, so ist selbstverständlich § 235 auch dann anwendbar, wenn der Gerichtsvollzieher zwar eine Zustellung innerhalb der Notfrist gemacht hat, dieselbe jedoch ohne Verschulden der Partei unwirksam ist; z. B. der Gerichtsvollzieher stellt einer Partei zu, statt deren Prozeßbevollmächtigten (§ 176), obwohl letzterer in dem Schriftsatze bezeichnet ist.[52]) Ist dagegen in dem Schriftsatze

[52]) RG. v. 29. Januar 1884 Bd. 11 S. 375: Der Gerichtsvollzieher hatte am 5. Juni irrtümlich der Klägerin in Person, am 13 Juni dagegen dem Prozeßbevollmächtigten derselben die Berufungsschrift gegen das am 12. Mai

der gegnerischen Prozeßbevollmächtigte nicht benannt, und wird dadurch die Versäumung herbeigeführt, so kann sich die Partei nicht auf § 235 Abs. 1 stützen. Denn die Ladung erfolgt durch die Partei (§ 214). Sie muß daher für die richtige Adresse des Schriftsatzes — Name, Stand und Wohnung, nötigenfalls auch Straße und Hausnummer — sorgen, und muß die Folgen eines mangelhaften Auftrages auf sich nehmen.[53]) Hat die Partei in dieser Hinsicht nicht alles ihr Obliegende getan, so wird auch wegen des in Mitte liegenden Verschuldens die Wiedereinsetzung aus § 233 nicht stattzugestellte Urteil zugestellt. Die Berufungsschrift war am 5. Juni zur Zustellung von der Partei übergeben. Das Reichsgericht erachtete die Wiedereinsetzung auf grund der singulären Bestimmung des § 213 selbst dann für gerechtfertigt, wenn die Partei in der Zeit vom 5. bis 12. Juni den Fehler der Zustellung vom 5. Juni bemerkt hätte und in der Lage war, für eine wirksame Zustellung zu sorgen.

[53]) RG. v. 25. Februar 1886 Bd. 16 S. 364; v. 1. Februar 1899 JW. S. 176 N. 7; Bayer. OLG. v. 28. Oktober 1890 Bd. 13 S. 167. — A. M. hinsichtlich der Zustellung durch Vermittelung des Gerichtsschreibers Hergenhahn a. a. O. S. 352 (vgl. Anm. 28) im Anschlusse an ein Urteil des LG. Nürnberg vom 8. Februar 1889 (Zeitschr. Bd. 14 S. 487 ff.): der Einspruch gegen das amtsgerichtliche Urteil und das Wiedereinsetzungsgesuch sind verworfen, weil der Bekl. schuldhafterweise unterlassen hat, den Gerichtsschreiber darauf aufmerksam zu machen, daß der Kläger durch einen Prozeßbevollmächtigten vertreten sei. Das Landgericht erachtete die Wiedereinsetzung für begründet, weil der Gerichtsschreiber, nicht in einem Mandatsverhältnisse zur Partei stehend, wie der Gerichtsvollzieher, die Partei mit seiner Rechtskenntnis zu unterstützen hatte, und daher, wenn er den Prozeßbevollmächtigten aus den Akten kannte oder kennen konnte, die Pflicht hatte, die Zustellung an diesen zu bewirken. – Diese Gründe sind nach dem oben über das Verhältnis der Partei zu den Zustellungsorganen Ausgeführten und im Hinblick auf die von ersterer in Wahrung der Notfristen zu beobachtende Diligenz vollständig verfehlt.

Umgekehrt ist in einem Zeitschr. Bd. 8 S. 515 ff. besprochenen Urteil des LG. Potsdam vom 12. Januar 1884 (welches als Berufungsgericht die Versagung der Wiedereinsetzung in dem Falle bestätigte, daß die Partei dem die Zustellung vermittelnden Gerichtsschreiber den Prozeßbevollmächtigten nicht bezeichnete und infolgedessen an die Partei selbst zugestellt und die Einspruchsfrist versäumt wurde) hervorgehoben, „daß nicht nur kein Versehen des Gerichtsschreibers vorliege, vielmehr dem letzteren gar nicht gestattet sei, anscheinende Irrtümer der zustellenden Partei zu berichtigen!“

§ 235 sagt: „Die Wiedereinsetzung ist dann zu erteilen, wenn . . . das Schriftstück . . . übergeben ist". Aus diesem Wortlaut folgert Bunsen (Die Wiedereinsetzung auf Grund des § 213 der ZPO. in Zeitschr. f. d. Ziv. Pr. Bd. 5 S. 249 ff.) im Gegensatz zu den Kommentaren,[54]) daß auf die Frage, ob der Bestimmung des § 155 (jetzt § 169) Abs. 1 genügt sei, sich die Offizialprüfung des Gerichts nicht zu erstrecken habe, und auch in dem Falle, daß der Zustellungsbeamte freiwillig die Anfertigung der Abschriften übernommen, die Voraussetzung des § 213 (235) formell erfüllt sei. – Demgegenüber wird von Ude (a. a. O. S. 791) mit Recht die imperative Fassung des § 169 hervorgehoben. Der Gerichtsvollzieher bezw. der Gerichtsschreiber ist zur Anfertigung der Abschriften durch das Gesetz nicht verpflichtet, dieselbe liegt der Partei selbst ob. § 235 gewährt mit Rücksicht darauf, daß die Zustellung dem Geschäftskreise des Gerichtsvollziehers bezw. Gerichtsschreibers zugewiesen ist, der Partei einen besonderen Schutz, wenn sie bis zur Übergabe des Schriftstückes alles ihr Obliegende erfüllt hat, sodaß die folgenden Akte lediglich der nach dem Gesetz in Ansehung der Zustellung jenen staatlichen Organen zukommenden Tätigkeit angehören, auf welche die Partei keinen Einfluß und über welche sie regelmäßig keine Kontrolle hat. Hat daher der Zustellungsbeamte mit oder ohne Auftrag der Partei die Anfertigung der Abschriften übernommen, so kann bei nicht rechtzeitiger Anfertigung der Abschriften die Restitution aus § 235 nicht stattfinden, weil nach dem Erörterten die Erfüllung der Vorschrift des § 169 eine von amtswegen zu prüfende Tatsache ist (§ 236). Wird durch eine Versäumung des Beamten bei Anfertigung der Abschriften die Zustellung verspätet, so ist auch die Wiedereinsetzung aus § 233 deshalb unmöglich, weil das Verschulden des „Vertreters" — und das ist, soweit es sich um die freiwillige Anfertigung der Abschriften handelt, der Zustellungsbeamte – der Partei keinesfalls zu gunsten kommt.

Die praktische Bedeutung der von Bunsen der Partei gemachten Konzession wäre übrigens nach seinen eigenen weiteren Ausführungen gering. Denn weise das Zustellungsorgan die Annahme des Schrift-

[54]) Vgl. auch Ude in Gruch. Beitr. Bd. 29 S. 791.

stücks ohne Abschriften zurück, so sei es nicht „übergeben", und § 213 (235) finde keine Anwendung. Sei aber der Zustellungsbeamte in der freiwillig übernommenen Anfertigung der Abschriften säumig, und würde dadurch die Zustellung verspätet, so sei § 210 Abs. 10 (§ 233 Abs. 2) anzuwenden. — Dann wäre also für die Partei in den meisten Fällen nichts gewonnen.

Auch in anderer Beziehung hat der Wortlaut des § 235 Zweifel hervorgerufen. Das Schriftstück soll rechtzeitig „übergeben" sein. Wie aber in dem Falle, wo die Notfrist dadurch gewahrt wird, daß die Klage (§§ 586, 957, 1044) oder der Einspruch (nach §§ 501 mit 340 bezw. 700) zum Protokoll des Gerichtsschreibers angebracht wird?

Hier hält Planck a. a. O. S. 592 im Gegensatz zur jetzigen übereinstimmenden Ansicht der Kommentatoren[55]) die Wiedereinsetzung aus § 235 nicht für statthaft, und zwar wieder mit Rücksicht auf das Postulat der Übergabe eines „zustellungsreifen" Schriftstücks, und weil eine analoge Ausdehnung der singulären Vorschrift (des § 235) auf andere Fälle unzulässig sei.

Aber es bedarf keiner Extensivinterpretation, da das Gesetz den Fall bereits in sich schließt. Wenn nämlich die Partei den Einspruch u. s. w. zu Protokoll gibt, ohne zu erklären, daß sie für die Zustellung selbst Sorge tragen wolle, hat der Gerichtsschreiber den Gerichtsvollzieher, ohne daß eine weitere Tätigkeit der Partei in Frage kommt, mit der Zustellung zu beauftragen (§§ 168, 497). In diesem Falle aber liegt die Anfertigung der Abschriften von amtswegen dem Gerichtsschreiber ob, sie bildet, da die Partei gar nicht in der Lage ist, wie im Falle des § 169, die erforderlichen Abschriften zu „übergeben", einen notwendigen Teil seiner die Zustellung vermittelnden Tätigkeit. Man könnte wohl, wenn man am Worte kleben will,[56]) dann das Belassen des Protokolls in der Hand des Gerichtsschreibers in der Absicht, sich seiner Vermittelung zur Zustellung zu bedienen, als eine „Übergabe" (brevi manu traditio) betrachten.[57]) Vor allem aber spricht die ratio, aus

[55]) Vgl. auch Bunsen a. a. O. S. 257.

[56]) Wogegen sich Seuffert (Komm. Anm. 2d) wendet.

[57]) So Hellmann, Komm. § 213 Anm. 5, u. A.

welcher die Bestimmung aus § 235 hervorgegangen ist, der Partei gegen die Versäumung der Zustellungsbeamten Schutz zu gewähren, wenn sie in Wahrung einer Notfrist durch rechtzeitiges Handeln alles ihr Obliegende getan hat, dafür, daß der in Frage stehende häufig vorkommende Fall von der Bestimmung mitbetroffen werden wollte. Gerade die Gründe, welche dafür sprechen, daß Urschrift und Abschrift gleichzeitig zu übergeben seien, wo ein Schriftsatz dem Zustellungsbeamten eingehändigt wird, lassen den sicheren Schluß zu, daß dort, wo Einspruch oder Klage in der Absicht, sich des Gerichtsschreibers zur Zustellung zu bedienen, zu dessen Protokoll erklärt wird, dem § 235 genügt ist.

Auch weise ich darauf hin, daß bei Beratung des eine ähnliche Tendenz verfolgenden § 190 Abs. 2 der Novelle (Ges. § 207 Abs. 2) auf die Anfrage, ob die „Einreichung bei dem Gerichtsschreiber" auch die nach §§ 457, 462 (jetzt 496, 501) zulässige Anbringung zum gerichtlichen Protokoll umfasse, der Regierungsvertreter ohne Widerspruch erwiderte, die Frage sei zweifellos zu bejahen. — Der Begriff „Einreichung eines Schriftsatzes" würde aber an sich die Erklärung zum Protokolle ebensowenig in sich schließen, als die „Übergabe" eines solchen, da „Übergabe" und „Einreichung" hier dasselbe ist.

Gegen Versäumung der für die sofortige Beschwerde gesetzten Notfrist (§ 577 Abs. 2) kann, da dieses Rechtsmittel nicht durch Zustellung eines Schriftsatzes eingelegt wird, nur die Wiedereinsetzung aus § 233 stattfinden.[58])

Trifft die Partei selbst, was allerdings selten vorkommen wird, im Falle des § 235 noch nach rechtzeitig und richtig erfolgter Übergabe ein Verschulden hinsichtlich der Zustellung, so wird die Wiedereinsetzung nicht erteilt.[59]) Dies ist zwar nicht aus dem Verhältnis des § 213 zu 211 zu folgern,[60]) sondern aus der Zweck-

[58]) Vgl. hierüber Ude a. a. O. S. 788 ff.

[59]) A. M. Struckmann-Koch Anm. 4: „Das freie richterliche Ermessen, ob etwa die Partei im einzelnen Falle ungeachtet des Vorhandenseins der Voraussetzungen des § 235 ein Verschulden trifft, ist ausgeschlossen."

[60]) Vgl. Bunsen a. a. O, der in § 213 eine „besondere Ausführung" des § 211" erblickt.

bestimmung dieses Restitutionsgrundes selbst, welcher dazu da ist, die Partei gegen Zufälle oder Verschulden in der Person des Zustellungsbeamten, nicht aber gegen ihr eigenes Verschulden zu schützen.

Was schließlich die Stellung des dritten Restitutionsgrundes im Rahmen des ganzen Instituts anlangt, so ist diese im Hinblick auf seine Geschichte zu beurteilen. Neben den Gründen des § 211 (§ 233) wollte in § 213 (235) Abs. 1 ein neuer selbständiger geschaffen werden, weshalb es unstatthaft ist, den § 235 zur Auslegung des § 233 heranzuziehen. Der dritte Restitutionsgrund sollte die Möglichkeit der Wiedereinsetzung erweitern, nicht einschränken, darüber lassen die Verhandlungen der gesetzgebenden Faktoren keinen Zweifel. Wird demnach die Wiedereinsetzung aus § 233 geltend gemacht, und es stellt sich heraus, daß den Vorbedingungen des § 235 genügt ist, so fällt der erste Restitutionsgrund für die Offizialprüfung hinweg, denn hier ist die Frage nach vis major unerheblich. Insoferne schließt der dritte Restitutionsgrund den ersten aus. Wird aber umgekehrt die Wiedereinsetzung auf § 235 gegründet und es mangeln dessen Voraussetzungen, so bleibt die Geltendmachung aus § 233 offen. Nur gilt, wenn bei Nichteinhaltung der Zeitgrenze des § 235 die Zustellung in einer für die Partei zufälligen Weise — z. B. durch die Nachlässigkeit des Gerichtsvollziehers — verspätet ist, dieser Zufall nicht als ein „unabwendbarer" (vgl. die Anm. 35 alleg. Entsch. d. RG. Bd. 2 S. 425), weil nicht bis zum letzten Augenblicke gewartet werden durfte. Es kann aber die verspätete Uebergabe an den Gerichtsvollzieher bezw. an den Gerichtsschreiber selbst auf einem unabwendbaren Zufall beruhen, dann tritt Wiedereinsetzung aus § 233 ein. Es ist also nicht bei Nichteinhaltung der in § 235 gesetzten Zeitgrenze das Verhalten der Partei jedenfalls ein schuldvolles, sonst wäre die Bestimmung des § 235 nicht eine Erweiterung, sondern eine Einschränkung der Restitution.

Durch die Bestimmung des neuen § 207 Abs. 2:

„Wird ein Schriftsatz, dessen Zustellung unter Vermittelung des Gerichtsschreibers erfolgen soll, innerhalb einer Frist von zwei Wochen nach der Einreichung bei dem Gerichtsschreiber zugestellt, so tritt, sofern durch die Zustellung eine Notfrist gewahrt wird, die Wirkung der Zustellung bereits mit der Einreichung ein"

ist nunmehr das Anwendungsgebiet des dritten Restitutionsgrundes erheblich eingeschränkt worden.

Nachdem die Vermittelung des Gerichtsschreibers durch § 166 Abs. 2 S. 2 auch für Anwaltsprozesse in Ansehung der Zustellungen, durch welche eine Notfrist gewahrt werden soll, für zulässig erklärt ist, können jetzt alle Notfristen — diejenigen zur Einlegung der sofortigen Beschwerde und zum Antrag auf nachträgliche Eidesabnahme, deren Einhaltung ohnedies an keine Zustellung gebunden ist, kommen hier nicht in Betracht — durch Einreichung eines Schriftsatzes innerhalb der Notfrist gewahrt werden, da, sofern die Zustellung innerhalb zwei Wochen erfolgt, die Wirkung derselben auf den Zeitpunkt der Einreichung zurückdatiert wird. Praktisch bedeutsam bleibt demnach die Wiedereinsetzung aus § 235 Abs. 1 nur für den Fall, daß die Zustellung nicht unter Vermittelung des Gerichtsschreibers erfolgen soll — dann ist im Parteiprozesse die ausdrückliche Erklärung abzugeben, daß die Partei selbst einen Gerichtsvollzieher beauftragen wolle; im Anwaltsprozesse ist diese Erklärung in dem zuzustellenden Schriftsatze anzubringen (§ 168), ebenso im Parteiprozesse, soweit es sich um Zustellung der Klage oder des Einspruchs handelt (§§ 497, 501) —; oder für den Fall, daß zwar die Vermittelung des Gerichtsschreibers in Anspruch genommen wird, die Zustellung aber nicht oder nicht rite innerhalb der 14tägigen Frist erfolgt. Daneben bleibt die Restitution aus § 233 offen, welche für jene Fälle angezeigt ist, in denen das Schriftstück zwar noch innerhalb der Notfrist, jedoch erst in den letzten 3 Tagen zur Terminsbestimmung eingereicht und erst 14 Tage nach der Einreichung oder gar nicht zugestellt wurde.

4. Vierter Restitutionsgrund. Wiedereinsetzung aus § 235 Abs. 2.

§ 9.

Die Wiedereinsetzung ist auch dann zu erteilen, wenn die Versäumung der Notfrist dadurch veranlaßt worden ist, daß das angefochtene Urteil den Prozeßbevollmächtigten des Gegners unrichtig bezeichnet.[61])

[61]) In Konsequenz der vom Entwurf der Novelle vorgeschlagenen und

Eine Zustellung ist nur dann wirksam, wenn sie in einem anhängigen Rechtsstreite an den für die Instanz bestellten Prozeßbevollmächtigten erfolgt (§ 176), oder — bei Zustellung eines Rechtsmittelschriftsatzes — an den in § 179 als Empfänger bezeichneten Prozeßbevollmächtigten.[62]) Fehlt die Angabe des Prozeßbevollmächtigten oder ist die Angabe nicht richtig, und geschieht *infolge* dieser mangelhaften Bezeichnung die Zustellung an die Partei selbst oder an eine fälschlich als Prozeßbevollmächtigter bezeichnete Person, so findet die Wiedereinsetzung statt. Daraus aber, daß die unrichtige Bezeichnung die Versäumung veranlaßt haben muß — was hier im Sinne von *verursacht* zu nehmen ist —, folgt, daß die *Kenntnis* der Partei von der Unrichtigkeit der Bezeichnung die Wiedereinsetzung ausschließt. Ein *fahrlässiges* Nichtkennen aber steht der Restitution nicht im Wege. Das Gegenteil käme der Einführung einer nach der herrschenden Meinung im allgemeinen nicht bestehenden Erkundigungspflicht gleich.[63]) Es würde da m. E. von der

in das Gesetz übergegangenen Abänderung des § 284 (jetzt 313), wonach das Urteil außer der Bezeichnung der Parteien und ihrer Vertreter auch diejenige der Prozeßbevollmächtigten nach Name, Stand oder Gewerbe, und Wohnort enthalten muß, war innerhalb der Komm. beantragt, dem § 164 (Ges. § 179) folgenden Abs. 2 einzufügen:

„Wird der Schriftsatz, durch welchen ein Rechtsmittel eingelegt wird, dem in dem angefochtenen Urteil bezeichneten Prozeßbevollmächtigten des Gegners zugestellt, so ist die Zustellung wirksam, auch wenn die Bezeichnung des Prozeßbevollmächtigten im Urteil eine unrichtige ist."

Dieser Antrag wurde mit Rücksicht auf die durch Einführung der Bestimmung zu befürchtende dolose Gefährdung des Rechts der Gegenpartei abgelehnt, und zum Ersatze der vierte Restitutionsgrund in § 235 aufgenommen. (Komm.-Ber. S. 72 ff., 78.)

[62]) Über die Kontroverse, ob hinsichtlich der Zustellungen, durch welche eine Notfrist gewahrt werden soll, eine Mängelheilung durch Verzicht oder Präklusion nach § 295 eintreten kann, vgl. *Seuffert* § 170 Anm. 1. Die Mehrzahl der Komm. verneint diese Frage, ebenso das Reichsgericht — abgesehen von E. vom 13. Juli 1883 Bd. 9 S. 388 — in konstanter Rechtsprechung. *Dagegen* Bayr. Ob. LG. vom 22. Mai 1889 in Seuff. Arch. Bd. 45 N. 138.

[63]) „Der gesetzgeberische Grund dieser Vorschrift besteht ersichtlich darin, daß der Prozeßbevollmächtigte des höheren Rechtszuges, der nach § 179 ZPO. die Rechtsmittelschrift an den Prozeßbevollmächtigten desjenigen Rechtszuges

Partei der Nachweis jener außergewöhnlichen Sorgfalt verlangt, die die Grenze des unabwendbaren Zufalls bezeichnet, m. a. W. es käme die Wiedereinsetzung aus § 235 Abs. 2 auf eins hinaus mit der Wiedereinsetzung aus § 233 Abs. 1, und erstere Bestimmung wäre überflüssig. Ihr Zweck aber ist gerade, zu statuieren, daß, wenn die Partei in Wahrung der Notfrist das ihr sonst Obliegende — insbesondere selbstverständlich durch rechtzeitige Übergabe zur Zustellung — getan hat, darin, daß die Zustellung an die im Urteil bezeichnete Person erfolgt ist, keinesfalls ein Verschulden gefunden, und eine dadurch veranlaßte Versäumung einem unabwendbaren Zufall gleichgestellt sein solle, ähnlich wie im Falle des § 233 Abs. 2. Das Gesetz macht in diesem Falle die Wiedereinsetzung von keinen anderen Umständen abhängig, als davon, als daß das angefochtene Urteil den Prozeßbevollmächtigten des Gegners unrichtig bezeichnet, und daß diese unrichtige Bezeichnung für die Versäumung kausal geworden ist.[64])

Es hätte daher auch der vierte Restitutionsgrund seine Stelle passender im § 233 als Abs. 3 gefunden, wohin er seinem Sinne nach wie auch im Hinblick auf die einschlägige Fristbestimmung des § 234 Abs. 1 gehört.[65])

Eine entsprechende Anwendung des vierten Restitutionsgrundes auf die Zustellungsbevollmächtigten ist m. E. nicht zulässig.[66]) Da-

zustellen lassen muß, dessen Entscheidung angefochten wird, sich, bis ihm entgegenstehende Tatsachen bekannt werden, soll darauf verlassen können, daß der gemäß der Bestimmung des § 313 Abs. 1 N. 2 der ZPO. in dem anzufechtenden Urteile genannte Prozeßbevollmächtigte des Gegners dies auch zur Zeit der Erlassung des Urteils wirklich war, daß er nicht zu Nachforschungen in dieser Beziehung verpflichtet sein soll." So RG. vom 2. Juli 1901 in JW. S. 649 N. 2. Das Urteil schießt aber dann m. E. über das Ziel hinaus, indem es ausspricht, es könne unter diesen Umständen auch nicht von entscheidender Bedeutung sein, ob der Prozeßbevollmächtigte des Beklagten für die Vorinstanz in der Lage war, dem Prozeßbevollmächtigten der höheren Instanz rechtzeitig den richtigen Prozeßbevollmächtigten zu bezeichnen. Vgl. oben Anm. 14.

[64]) Vgl. RG. vom 22. Mai 1900 JW. S. 522 N. 6.

[65]) In der Justizkomm. war für den vierten Restitutionsgrund ein eigener § 213a beantragt; die Einfügung in § 235 geschah durch die Redakt.-Komm. (Komm.-Ber. a. a. O.)

[66]) A. M. Gaupp-Stein § 235 Anm. IV.

für könnte angeführt werden die imperative Anordnung der subsidiären Zustellung einer Rechtsmittelschrift an einen aufgestellten Zustellungsbevollmächtigten in § 179 mit der Folge der Unwirksamkeit der Zustellung an die Partei selbst; ferner der Umstand, daß die Vorschrift des § 284 Ziff. 1 (jetzt 313 Ziff. 1) im Zusammenhange mit der beabsichtigten Änderung des § 84 (jetzt 88) im Sinne der Offizialprüfung des Vollmachtspunktes auch im Anwaltsprozesse zum Zwecke einer erleichterten Wahrung der Notfristen gedacht war (vgl. Begr. der Nov. zu §§ 84, 284). Dagegen spricht aber, daß die ausdehnende Auslegung einer singulären Bestimmung wie derjenigen in § 235 Abs. 2 an sich sehr bedenklich erscheint,[67]) daß die Restitution überhaupt nur dann angewendet werden könnte, wenn das Urteil den falschen Zustellungsbevollmächtigten bezeichnen würde — denn die Bezeichnung desselben ist in § 313 nicht vorgeschrieben —, vor allem aber daß mangels einer solchen Vorschrift die die Zustellung betreibende Partei kein Recht hat, sich in dem Maße auf die diesbezüglichen Anführungen des Urteils zu verlassen, wie bei der vorgeschriebenen Bezeichnung des Prozeßbevollmächtigten, ihr daher anheimgegeben bleiben muß, sich im Zweifelsfalle über die Person des Zustellungsbevollmächtigten, welche nach § 175 S. 1 benannt ist, zu informieren. Und letztere Erwägungen sind ausschlaggebend.

C. Der Antrag.

a) Frist zur Antragstellung.

§ 10.*

Die Wiedereinsetzung wird nur auf Antrag erteilt. Legitimiert zur Antragstellung ist die Partei, welche eine Notfrist versäumt hat, sei sie Partei im Hauptprozesse oder in einem Zwischenstreite.[68]) Die Prozeßvollmacht (§ 81) ermächtigt ohne weiteres, da es sich um eine den Rechtsstreit betreffende Prozeßhandlung handelt, zur

---

[67]) Hier würde in der Tat eine Extensivinterpretation nötig sein. Ganz anders liegt der Fall oben S. 37.

[68]) Z. B. der zur Herausgabe einer im Hauptprozesse übergebenen Urkunde verurteilte Rechtsanwalt (§ 135).

Stellung des Wiedereinsetzungsantrages. Letztere hat in der gesetzlichen Frist und Form zu erfolgen.

1. Charakter der Restitutionsfrist überhaupt.

Die Frist, innerhalb welcher die Restitution beantragt werden muß (§§ 234 Abs. 1, 235 Abs. 3), ist keine Notfrist (arg. § 223 Abs. 3).[69]) Daher wird gegen ihre Versäumung die Wiedereinsetzung nicht gewährt, restitutio restitutionis non datur.[70])

Ihr Lauf wird durch die Gerichtsferien gehemmt (§ 223 Abs. 1). Sie kann durch Vereinbarung der Parteien nicht verlängert werden. Dies ist für die allgemeine Restitutionsfrist in § 234 Abs. 2 ausdrücklich bestimmt. Dasselbe ist aber auch bezüglich der Frist in § 235 Abs. 3 anzunehmen.[71]) Zwar können durch Vereinbarung alle Fristen mit Ausnahme der Notfristen verlängert oder abgekürzt werden (§ 224 Abs. 1), und die Restitutionsfrist ist keine Notfrist. Aber durch die Ausnahmebestimmung in § 234 Abs. 2 wurde im Interesse der öffentlichen Ordnung die Restitutionsfrist der Parteidisposition entzogen und in dieser Beziehung den Notfristen gleichgestellt; sie wurde überhaupt nur deshalb nicht als Notfrist bezeichnet (wie es im norddd. Entw. § 292 vorgeschlagen war), um die Wiedereinsetzung gegen den Ablauf derselben unmöglich zu machen (Mot. a. a. O.). Damit war der prinzipielle Charakter der Restitutionsfrist überhaupt festgestellt. Wenn nun nachträglich § 213 (jetzt 235 Abs. 1) ins Gesetz eingeführt wurde, so wollte damit lediglich aus praktischen Rücksichten ein neuer Restitutionsgrund geschaffen werden, und wieder aus praktischen Rücksichten wurde der Antragsfrist hier eine andere Dauer gegeben; an dem Wesen derselben

[69]) Die gegenteilige Bezeichnung bei Schmidt Lehrb. S. 315 beruht offenbar auf einem Druckversehen.

[70]) „Das Gegenteil würde die Zulässigkeit der Restitution prinzipiell endlos machen und ein Bedürfnis nicht für sich haben." (Mot. S. 172.) Planck a. a. O. Bd. 2 S. 590 Anm. 19 betrachtet das als „eine auf übertriebener Ängstlichkeit beruhende Härte".

[71]) So Gaupp-Stein Anm. 5, Seuffert Anm. 4, Petersen Anm. 4, Bunsen a. a. O. S. 254 (vgl. oben S. 36), Fitting Lehrb. § 36 N. 18. A. M. Wilmowski-Levy N. 3, Struckmann-Koch N. 5, Hellmann Komm. § 213 Anm. 6, Lehrb. S. 794, Puchelt § 213 Anm. 3.

etwas zu ändern, lag nicht in der Absicht des Gesetzgebers, da sie nirgends zum Ausdruck gelangt ist. Es ist daher die analoge Anwendung des § 234 Abs. 2 auf die Frist in § 235 Abs. 3 aus inneren Gründen geboten, und man braucht keine materielle Inkonsequenz anzunehmen — über welche allerdings, auch wenn sie noch so tadelnswert, schwer hinweg zu kommen wäre — wo offenbar nur ein redaktionelles Übersehen vorliegt.

Was von der Verlängerung durch Parteivereinbarung, das gilt auch bezüglich der Verlängerung durch Verzicht oder Präklusion nach § 295. Auch eine Verlängerung dieser gesetzlichen Frist durch den Richter ist ausgeschlossen (§ 224 Abs. 2).

2. Die Frist des § 234 Abs. 1.

Die allgemeine Restitutionsfrist ist eine zweiwöchige. Sie war ursprünglich nur für die Antragstellung aus dem ersten und zweiten Restitutionsgrunde bestimmt, gilt aber nach § 235 Abs. 3 im Zusammenhalt mit § 234 Abs. 1 auch für diejenige aus dem durch die Novelle eingeführten vierten Restitutionsgrunde.

Die Frist beginnt mit dem Tage, an welchem das Hindernis gehoben, d. h. als solches in seiner Wirkung für die Partei nicht mehr vorhanden ist (§ 234 Abs. 2).

Dies ist im Falle des ersten Restitutionsgrundes (Verhinderung durch unabwendbaren Zufall überhaupt) anzunehmen, sobald die Partei bei genügender Sorgfalt im stande ist, die nötigen Schritte zur Wahrung der Notfrist zu tun. Bei Versäumung durch unverschuldete Unkenntnis des Versäumnisurteils gilt das Hindernis für gehoben, wenn die Partei von der Zustellung Kenntnis erlangt hat, oder bei gehöriger Diligenz hätte erlangen müssen.[72]) Im Falle des vierten Restitutionsgrundes endlich ist das Hindernis dann gehoben, wann die Kenntnis der im Urteil bezeichneten Person, an welche zugestellt werden muß, erlangt ist.[73])

---

[72]) RG. vom 20. Januar 1882 Bd. 6 S. 341; 16. Februar 1891 JW. S. 198 N. 4.

[73]) Von der Reichstagskomm. war als Fristbeginn vorgeschlagen der Tag, „an welchem die Partei bezw. ihr die Zustellung betreibender Prozeßbevollmächtigter die Unrichtigkeit der im Urteil enthaltenen Bezeichnung er-

Überhaupt ist als Zeitpunkt der Hebung des Hindernisses derjenige anzusehen, in welchem die Partei bezw. ihr Vertreter genügende Veranlassung hatte, sei es auch nur vorsorgliche Schritte zur Wahrung ihrer Rechte zu thun (z. B. durch die mit eventuellem Wiedereinsetzungsantrage verbundene Einlegung eines Rechtsmittels.[74])

Der Tag der Hebung des Hindernisses ist der erste der Restitutionsfrist (§ 234 Abs. 2). Die Berechnung des Fristbeginnes nach § 187 Abs. 1 BGB. (vgl. § 222 ZPO.) kann deshalb nicht Platz greifen, weil ausdrücklich der Tag, an welchem das das Hindernis hebende Ereignis eingetreten ist, als Anfangstag bezeichnet wird. Die Berechnung muß vielmehr nach § 187 Abs. 2 BGB. erfolgen, es wird daher der Tag der Hebung des Hindernisses nicht mitgerechnet. Das Ende der Frist bemißt sich nach § 188 Abs. 2 a. a. O. und § 222 Abs. 2 ZPO.

Die Wahrung der Frist ist als eine die Wiedereinsetzung begründende Tatsache im Restitutionsantrage anzugeben und glaubhaft zu machen,[75]) sie unterliegt der Offizialprüfung.

---

fahren hat", welche Bestimmung aber gestrichen wurde. — Es lassen sich Fälle denken, in welchen die Kenntnis von der Unrichtigkeit der Bezeichnung, aber noch keine Kenntnis vom wirklichen Prozeßbevollmächtigten oder dem Mangel eines solchen eingetreten ist; erst wenn letzteres vorliegt, beginnt die Frist zu laufen. So Gaupp-Stein § 234 Anm. IV; Seuffert Anm. 4, Petersen Anm. 5, Fitting § 37 Anm. 19.

[74]) S. die Anm. 72 alleg. Entsch. vom 20. Januar 1882: die Mitteilung an den gegnerischen Prozeßbevollmächtigten, daß dessen Rechtsmittelschriftsatz nicht ordnungsgemäß zugestellt sei, mußte denselben veranlassen, vorsorglich das Rechtsmittel verbunden mit Wiedereinsetzungsantrag einzulegen. –

Als Zeitpunkt der Hebung des in der Versagung des Armenrechts bestehenden Hindernisses in dem Falle, daß der Partei auf erhobene Beschwerde das Armenrecht für die höhere Instanz bewilligt wurde, nimmt das RG. in E. v. 10. März 1898 Bd. 41 S. 367 die Bekanntgabe des einen Armenanwalt beiordnenden Beschlusses an diesen, nicht an die Partei selbst, an. Hiebei wird auch ausgeführt, die (zweiwöchige) Frist sei auch dazu gegeben, um innerhalb derselben das erforderliche Material für einen Wiedereinsetzungsantrag und die Nachholung der Prozeßhandlung zu sammeln, es dürfe nicht für alle Fälle der Beginn der Frist erst von da ab berechnet werden, wo das Material gesammelt sei.

[75]) RG. vom 6. April 1893 Bd. 31 S. 400.

Nach Ablauf eines Jahres, vom Ende der versäumten Notfrist an gerechnet, kann die Wiedereinsetzung — auch wenn zu dieser Zeit das Hindernis noch besteht, daher die zweiwöchentliche Frist noch gar nicht begonnen hat, oder wenn dieselbe noch läuft — nicht mehr beantragt werden (§ 234 Abs. 3). Das Institut der Wiedereinsetzung als „einer von der aequitas juris gezogenen Konsequenz des (in § 224 Abs. 1 und § 251 Abs. 1) hinsichtlich der Notfristen geschaffenen jus strictum" leidet keinen Mißbrauch, keine Verschleppung. Daher restitutio restitutionis non datur, daher ist die Restitutionsfrist der Parteidisposition entzogen, daher endlich wird aber auch der Anspruch auf Wiedereinsetzung an eine kurze Präklusionsfrist geknüpft. Dieselbe erfährt durch die Gerichtsferien keine Unterbrechung, sie kann auch nicht durch Parteivereinbarung, noch durch das Gericht verlängert werden; vgl. auch Mot. S. 172: „Gleichem Zweck dient es ... daß der Entwurf ... die Restitution nach Ablauf eines Jahres, vom Ende der versäumten Notfrist an gerechnet, gänzlich ausschließt".[76])

Alles vorstehend Gesagte findet auch auf die Restitution aus dem vierten Grunde (§ 235 Abs. 2) Anwendung. In diesem Falle muß als Tag der Hebung des Hindernisses, mit welchem die zweiwöchige Frist beginnt (§ 234 Abs. 2), derjenige betrachtet werden, an welchem die Partei oder ihr Vertreter den Namen des wirklichen gegnerischen Prozeßbevollmächtigten erfährt, denn vorher ist sie nicht in der Lage, die Notfrist zu wahren.

3. Die Frist des § 235 Abs. 3.

Die Wiedereinsetzung aus dem dritten Restitutionsgrunde muß innerhalb einer einmonatigen Frist nach Ablauf der versäumten Notfrist beantragt werden. Es ist somit gleichgiltig, wann die Partei von der Versäumung Kenntnis erhalten hat. Die Frist beginnt

[76]) So auch Bunsen a. a. O. (vgl. oben S. 36) und die Komm. A. M. nur Hellmann Komm. § 212 A. 4, welcher die Verlängerung der Frist durch Parteivereinbarung zulassen will, weil für sie nicht die ausdrückliche Beschränkung des Abs. 2 bestehe. – Aber es besteht die positive Vorschrift des Abs. 3: „kann nicht mehr beantragt werden", welche ein „Verbot der Parteitätigkeit jenseits der Frist" bedeutet (Planck a. a. O. Bd. 1 S. 516).

mit dem auf das Ende der Notfrist folgenden Tage. Sie berechnet sich nach §§ 187 Abs. 2 und 188 Abs. 2 u. 3 BGB. bezw. § 222 Abs. 2 ZPO.

Daß auch diese Frist nicht der Verlängerung durch Richterbeschluß oder Parteivereinbarung unterliegt, wurde bereits oben ausgeführt.

Eine Verlängerung kann aber tatsächlich in dem besonderen Falle des § 236 Abs. 3 eintreten. Denn in Berücksichtigung des öfters vorkommenden Falles, daß die Partei von der Versäumung der Notfrist erst im Termine bei Prüfung der Formalien des Rechtsmittels Kenntnis erhält, ist hier bestimmt, daß bei Vorhandensein der Voraussetzungen des § 235 Abs. 1 es genügt, die Wiedereinsetzung sofort im Termine ohne vorherige Zustellung eines Schriftsatzes zu beantragen, wenn nur die Zustellung der Ladung zum Termine noch innerhalb der einmonatigen Frist des § 235 Abs. 3 erfolgt ist.

b) Form des Antrags.

§ 11.

Die Wiedereinsetzung wird regelmäßig durch Zustellung eines Schriftsatzes beantragt (§ 236 Abs. 1). Derselbe muß enthalten:

1. die Angabe der die Wiedereinsetzung begründenden Tatsachen,
2. die Angabe der Mittel für deren Glaubhaftmachung,
3. die Nachholung der versäumten Prozeßhandlung, oder, wenn diese bereits nachgeholt ist, die Bezugnahme hierauf; im Falle der Versäumung der in § 466 bezeichneten Notfrist auch die Ladung des Gegners zur Eidesleistung und zur weiteren mündlichen Verhandlung.

Diese Erfordernisse gelten auch für den schriftlich eingereichten (§ 236 Abs. 2) oder zu Protokoll des Gerichtsschreibers erklärten (§§ 501 mit 496; 577 mit 569 Abs. 2) oder in der mündlichen Verhandlung erst gestellten Antrag (§ 236 Abs. 3).

Fehlt eines dieser Essentialien, welche von Amts wegen zu prüfen sind, so ist der Antrag als unzulässig zu verwerfen. Bedarf die nachgeholte Prozeßhandlung der Ladung, so muß der Antrag auch diese enthalten.

1. Angabe der die Wiedereinsetzung begründenden Tatsachen.

Das obligatorische Erfordernis einer bereits im Schriftsatze anzubringenden materiellen Begründung als Voraussetzung seiner von Amts wegen zu prüfenden Zulässigkeit kennzeichnet, wie Eingangs dieser Schrift bemerkt, den Restitutionsantrag gegenüber allen übrigen Rechtsbehelfen der ZPO. Die im Schriftsatze vorkommenden Tatsachen bilden die bleibende Grundlage und Grenze des Wiedereinsetzungsverfahrens, wie der in der Klage angegebene Klagegrund — wenigstens soll dies die Regel sein — die Grundlage und Grenze des gewöhnlichen Prozeßverfahrens bildet.[77])

Welche Tatsachen die Wiedereinsetzung begründen, ergibt sich aus §§ 233—235. Hieher gehören a) die laesio (Versäumung einer Notfrist); b) die justa causa (Verhinderung durch unabwendbaren Zufall oder unverschuldete Unkenntnis der Zustellung des Versäumnisurteils; rechtzeitige Übergabe im Sinne des § 235 Abs. 1; falsche Benennung des gegnerischen Prozeßbevollmächtigten im angefochtenen Urteil (Abs. 2): c) Nachweis der Wahrung der Restitutionsfrist (§ 234 Abs. 2 und 235 Abs. 3).

2. Angabe der Mittel für die Glaubhaftmachung.

Alle vorerwähnten Tatsachen sind glaubhaft zu machen. Der Wiedereinsetzungsantrag hat die Mittel hiefür anzugeben. Als solche sind gemäß § 294 in erster Linie alle prozessualen „Beweismittel" (§§ 371 ff.) mit Ausnahme der Eideszuschiebung statthaft, auch eidesstattliche Versicherung der Partei; ferner aber auch alle andern Mittel, welche auf die Überzeugung des Richters einwirken können, so unbeeidigte Aussagen, schriftliche Bescheinigungen oder eidesstattliche Versicherungen dritter Personen.[78]) Jedoch muß die Beweisaufnahme sofort erfolgen können (§ 294 Abs. 2) d. h. im Termine zur Verhandlung über den Wiedereinsetzungsantrag vorzunehmen sein. Im Falle der Wiedereinsetzung gegen Versäumung der sofortigen Beschwerde ist mündliche Verhandlung nicht erforderlich (§§ 577

[77]) RG. v. 15. April 1886 Bd. 16 S. 368.

[78]) Vgl. RG. v. 13. Oktober 1892 Bd. 30 S. 376.

mit 573). Hier sind die zur Glaubhaftmachung dienenden Urkunden dem Wiedereinsetzungsgesuche beizulegen. Auch kann die Nachholung in einem vom Gerichte anzuordnenden Offizialverfahren nach § 573 Abs. 2 erfolgen.

Sind die die Wiedereinsetzung begründenden Tatsachen notorisch, so entfällt selbstverständlich das Erfordernis der Angabe der Glaubhaftmachung der Mittel, wie die bereits beantragte Beweisaufnahme unterbleiben kann, wenn jene Tatsachen nach den Umständen des Falls vom Gerichte ohnedies als glaubhaft angenommen werden.

Daraus, daß im Wiedereinsetzungsantrag nur die Angabe der Mittel der Glaubhaftmachung vorgeschrieben ist, geht hervor, daß die Glaubhaftmachung auch für die definitive Zulassung genügt, und nicht etwa in der mündlichen Verhandlung voller Beweis zu erbringen ist, sonst wäre nicht einzusehen, warum für den Antrag nicht die Angabe der Beweismittel vorgeschrieben ist; vgl. § 588 Ziff. 2.[79])

3. Nachholung der versäumten Prozeßhandlung.

Die — auch im gemeinen, ja schon im jüngern römischen Prozesse beseitigte — Trennung des Verfahrens in ein judicium rescindens und rescissorium würde dem Zwecke der prozessualen Restitution zuwiderlaufen. Dieser ist eben die Aufhebung der Versäumnisfolge, d. h. des Ausschlusses mit der vorzunehmenden Prozeßhandlung, nicht lediglich die Wiedereröffnung der Frist. Daher muß der Restitutionsantrag zugleich die Nachholung der versäumten Prozeßhandlung enthalten, somit auch nach Form und Inhalt den Vorschriften genügen, welche hinsichtlich der zur Wahrung der Notfristen dienenden Rechtsbehelfe bestehen (§§ 340, 518, 553, 577, 585, 958, 1044 mit 253). Ist die versäumte Handlung bereits nachgeholt worden, so genügt die Bezugnahme hierauf. In diesem Falle bedarf es auch einer neuen Ladung im Wiedereinsetzungsantrage nicht (§ 236 Abs. 1 Ziff. 3),[80]) sonst aber immer dann, wenn die nachzuholende Prozeßhandlung eine Ladung enthalten muß.

---

[79]) So auch RG. v. 20. März 1889 in Seuff. Arch. Bd. 44 N. 234.

[80]) Hiebei ist aber vorausgesetzt, daß, im Falle die Nachholung dadurch geschieht, daß die bereits zugestellte Rechtsmittelfrist u. s. w. wiederholt zu-

Im Falle der Versäumung der Notfrist zur Antragstellung auf nachträgliche Eidesabnahme (§ 466) ist jedoch die besondere Ladung des Gegners zur Eidesleistung und zur weiteren mündlichen Verhandlung vorgeschrieben (§ 236 Ziff. 3 S. 2), weil die Wiedereinsetzung auch nach Beendigung der Instanz beantragt werden kann, also die Bestimmungen des § 467 über den Termin zur Eidesleistung nicht einschlagen; durch diese Ladung entfällt der besondere Antrag auf Eidesabnahme (Mot. z. Nov. S. 100). Der Antrag nach § 466 unterliegt nicht dem Anwaltszwange (§§ 466, 78 Abs. 2).

Im übrigen aber muß der Wiedereinsetzungsschriftsatz im Anwaltsprozesse von einem Rechtsanwalt unterschrieben sein (§§ 78 Abs. 1, 130 Ziff. 6). Er soll, auch wenn er nur die Bezugnahme auf die nachgeholte Prozeßhandlung enthält, den Vorschriften über „vorbereitende" Schriftsätze entsprechen.

III.

Das Verfahren.

§ 12.

Das Verfahren wird durch den Antrag auf Wiedereinsetzung eingeleitet. Derselbe steht in Beziehung zu einem anhängigen oder anhängig gewesenen Prozesse; er tritt auf dieselbe Weise ins Leben und nimmt denselben Gang wie die Prozeßhandlung, welche in der versäumten Notfrist vorzunehmen war (Mot. S. 173). Diesem

---

gestellt wird, im neu zugestellten Schriftsatz zum neuen Termin ausdrücklich geladen ist. Die bloße Mitteilung einer beglaubigten Abschrift der richterlichen Verfügung, durch die der neuerliche Termin anberaumt ist, kann den Mangel einer solchen neuen Ladung nicht ersetzen; die bloße Wiederholung der Ladung im neuen Schriftsatze ohne Hinweis auf den neuen Verhandlungstermin kann lediglich auf den ursprünglich anberaumten Termin bezogen werden. Die Annahme einer aus den gesamten Umständen des Falles sich ergebenden stillschweigenden Ladung würde dem Grundsatz widerstreiten, daß die auf die Rechtsmittel bezüglichen Formvorschriften nicht nach Gesichtspunkten der Billigkeit ausgelegt werden dürfen. So oben (§ 3 a. E.) alleg. E. des RG. v. 2. Oktober 1901 JW. S. 750 N. 5.

Grundsatze entsprechen die Vorschriften über das Verfahren in §§ 236—238, und zwar behandeln § 237 die Zuständigkeit des Gerichts, §§ 236 und 238 Abs. 1 das Verfahren bis zur Entscheidung, § 238 Abs. 2 die letztere selbst und deren Anfechtung, Abs. 3 den Kostenpunkt.

a) Zuständigkeit.

Über den Antrag auf Wiedereinsetzung entscheidet das Gericht, welchem die Entscheidung über die nachgeholte Prozeßhandlung zusteht (Einspruch gegen das VU. § 338 ff., gegen den Vollstreckungsbefehl § 700, Nachholung der Eidesleistung § 466,[81]) Berufung §§ 511 ff., GVG. § 71, Revision §§ 545 ff., GVG. § 135 und Einf.Ges. hiezu § 8; für Bayern: Gesetz vom 23. Februar 1879 Art. 42; sofortige Beschwerde §§ 577 mit 568,[82]) Nichtigkeits- und Restitutionsklage § 584; Anfechtungsklage gegen das Ausschlußurteil § 957 Abs. 2, Klage auf Aufhebung des Schiedsspruchs § 1046).

Devolutiveffekt tritt demnach nur ein, wenn die Wiedereinsetzung die Versäumung eines der drei Rechtsmittel oder der Wiederaufnahmeklage gegen einen Vollstreckungsbefehl betrifft, letzterenfalls dann, wenn der Anspruch nicht zur Zuständigkeit der Amtsgerichte gehört (§ 584 Abs. 2). Im Falle der Versäumung der Notfrist zur Wiederaufnahmeklage gegen ein in der Revisionsinstanz erlassenes auf Grund des § 580 Ziff. 1—3 anzufechtendes Urteil ist sogar umgekehrt von einem Revolutiveffekt zu sprechen (§ 584 Abs. 1).

[81]) In diesem Falle ist zur Entscheidung über den Restitutionsantrag zuständig das Prozeßgericht: arg. § 236 Z. 3 S. 2. So auch Kroschel, Eidesversäumnis in Zeitschr. Bd. 28 S. 135; über das Verfahren in dem Falle, daß das Gericht beim Ausbleiben des Schwurpflichtigen § 467 nicht beachtet, sondern sofort Urteil verkündet hat, und dadurch die Instanz beendet ist, s. ebenda S. 136 ff.

[82]) Zur Entscheidung über den Wiedereinsetzungsantrag bei Versäumung der Notfrist zur sofortigen Beschwerde ist nicht das Gericht der weiteren Beschwerde, sondern das Gericht, welches über die sofortige Beschwerde zu entscheiden hat, zuständig, auch wenn dieses bereits wegen Versäumung der Notfrist die Beschwerde als unzulässig verworfen hat: RG. v. 22. September 1898 JW. S. 569 N. 5.

b) Die Stellung des Antrags.

Der Antrag erfolgt, soweit eine Zustellung desselben erforderlich ist, im Anwaltsprozesse (§ 78) durch Zustellung eines Anwaltsschriftsatzes. Im Parteiprozesse kann der Antrag zu Protokoll des Gerichtsschreibers angebracht werden (§§ 501, 496);[83]) dann erfolgt die Zustellung des Protokolls gemäß §§ 497 mit 168, 196. Die Zustellung hat an denjenigen zu geschehen, welchem der die versäumte Prozeßhandlung enthaltende Schriftsatz zuzustellen war (§§ 78, 171 ff. insbesondere 176, 179), im Falle der notwendigen Streitgenossenschaft (§ 62) an sämtliche Streitgenossen.[84])

Immer muß die Zustellung im Parteibetriebe erfolgen: eine Ladung des Gerichts kann die Zustellung von Seite der Partei nicht ersetzen.[85])

Die Zustellung muß innerhalb der Fristen in §§ 234 Abs. 1 und 3 bezw. 235 Abs. 3 beendet sein.

Der Schriftsatz enthält die Terminsbestimmung, welche vom Vorsitzenden auch dann vorzunehmen ist, wenn der Antrag von vornherein unzulässig erscheint: eine Abweisung a limine ist ebenso unstatthaft wie bei der Klage.

In Konsequenz des eingangs dieses Paragraphen erwähnten Grundsatzes wird bei Versäumung der sofortigen Beschwerde der Antrag auf Wiedereinsetzung durch Einreichung des Schriftsatzes bei Gericht gestellt (§ 236 Abs. 2). Die Einreichung kann wie die Einlegung der sofortigen Beschwerde (§§ 569 Abs. 1, 577 Abs. 2) in allen, auch nicht dringenden Fällen sowohl bei dem Gerichte, von welchem die angefochtene Entscheidung erlassen ist, als auch bei dem Beschwerdegerichte erfolgen. Wenn der Rechtsstreit bei einem Amtsgerichte anhängig ist oder anhängig war, ist auch die Erklärung zu Protokoll des Gerichtsschreibers zulässig (§ 569 Abs. 2). Wird die Änderung einer Entscheidung des beauftragten oder ersuchten Richters oder des Gerichtsschreibers beantragt, so kann bei Versäumung der

[83]) Die durch die Novelle eingeführte Vermittelung des Gerichtsschreibers im Anwaltsprozesse (§ 166 Abs. 2) findet, da die Restitutionsfrist keine Notfrist ist, nicht Anwendung.

[84]) S. Gaupp-Stein § 511 Anm. 20 mit Alleg.

[85]) RG. v. 6. März 1894 JW. S. 139 N. 4.

sofortigen Beschwerde der Restitutionsantrag nur beim Prozeßgerichte angebracht werden; denn da zunächst die Entscheidung des Prozeßgerichts innerhalb der Notfrist für die sofortige Beschwerde nachzusuchen ist, und das Prozeßgericht das Gesuch, wenn es demselben nicht entsprechen will, dem Beschwerdegerichte vorzulegen hat, so ist in der Einreichung des Gesuchs an das Prozeßgericht tatsächlich die sofortige Beschwerde enthalten, daher auch der Wiedereinsetzungsantrag beim Prozeßgerichte anzubringen.

Als eine Ausnahmebestimmung in zweifacher Richtung erscheint § 236 Abs. 3: „Im Falle des § 235 Abs. 1 kann die Wiedereinsetzung auch in dem für die mündliche Verhandlung bestimmten Termine ohne vorgängige Zustellung eines Schriftsatzes beantragt werden, wenn die Zustellung der Ladung zu dem Termine innerhalb der einmonatigen Frist nach Ablauf der versäumten Notfrist erfolgt ist". Nicht nur tritt hier, wie oben bemerkt, möglicherweise eine Verlängerung der Antragsfrist ein, sondern es wird auch von dem Erfordernisse der Zustellung eines Schriftsatzes abgesehen, und die mündliche Antragstellung im Verhandlungstermine für genügend erklärt.[86]) Wenn auch die Erwägung, daß die Partei unter Umständen von der Versäumung der Notfrist vor dem Verhandlungstermine nichts erfährt, für die Annahme dieser Sondervorschrift ausschlaggebend war, so ist doch die Anwendung derselben auf diesen Fall nicht beschränkt. Auch wenn die Partei von der Notfristver-

[86]) Die Entstehungsgeschichte dieser Bestimmung ist mit derjenigen des § 213 (235) verknüpft (s. Anm. 47. Vgl. Komm.Pr. S. 124 f., 535 f., 666 f.; JKomm.Pr. 168. Sitzg. S. 3). Zum Amendement Becker (§ 205a Ges. 235) stellte Abg. Bähr den Zusatzantrag mit dem Inhalte des jetzigen § 236 Abs. 3, welcher, obwohl regierungsseitig bekämpft, angenommen wurde. Antragsteller brachte vor, die Partei oder ihr Anwalt erführen möglicherweise vor dem Termine nichts von der Versäumung; liege dann der Termin später als einen Monat nach Ablauf der Notfrist, so sei die Restitution verloren. Die Zustellung eines Schriftsatzes würde die Restitution unnötig erschweren. Dagegen wurde u. a. auf die Schwierigkeiten bei Nichterscheinen des Gegners in der mündlichen Verhandlung hingewiesen, wenn kein Schriftsatz zugestellt sei; dann könne weder zur Sache noch über die Restitution verhandelt werden, und es sei noch immer ein Schriftsatz nötig, ohne daß für den Antragsteller ein Zwang zum Fortbetrieb der Sache bestehe.

säumung vor dem Termine in Kenntnis gesetzt ist, kann sie, soferne nur die Ladung innerhalb der einmonatigen Frist richtig zugestellt ist, den Termin abwarten, um dort den Antrag zu stellen.

c) Die mündliche Verhandlung.

Über den Antrag auf Wiedereinsetzung wird in gleicher Weise verfahren, als wenn die versäumte Prozeßhandlung rechtzeitig vorgenommen worden wäre (Mot. S. 173). Da mit Ausnahme der sofortigen Beschwerde die sämtlichen Rechtsbehelfe zur Wahrung einer Notfrist mündliche Verhandlung erfordern, so muß solche bei Versäumung dieser Rechtsbehelfe auch über den Restitutionsantrag stattfinden.

Der Antrag auf nachträgliche Eidesabnahme (§ 466) erfordert zwar für sich mündliche Verhandlung nicht. Der auf die Antragstellung folgende oder anzuberaumende Termin ist ohne weiteres für die Eidesleistung bestimmt (§ 467). Im Falle des Abs. 2 dieses Paragraphen kann überhaupt keine Verhandlung stattfinden. Die Notwendigkeit der mündlichen Verhandlung auch über den Antrag auf Wiedereinsetzung in diesem Falle ergibt sich aber aus der besonderen Vorschrift des § 236 Abs. 1 Z. 3, wornach der Antrag zugleich die Ladung zur Verhandlung enthalten *muß*.

Die Verhandlung wird dadurch eingeleitet, daß die Parteien ihre Anträge stellen und zwar muß im Anwaltsprozesse der Restitutionsantrag samt dem Antrage für die nachgeholte Prozeßhandlung selbst bei Vermeidung der Nichtberücksichtigung aus einem Schriftsatze verlesen werden (§§ 137, 297 Abs. 1).

Das Verfahren (Verhandlung und Entscheidung) über den Antrag auf Wiedereinsetzung ist mit dem Verfahren über die nachgeholte Prozeßhandlung zu verbinden. Das Gericht kann jedoch — und wird es zweckmäßigerweise dann thun, wenn von vornherein Bedenken gegen die Zulässigkeit des Restitutionsantrages bestehen — durch Beschluß das Verfahren zunächst auf die Verhandlung und Entscheidung über den Antrag beschränken (§ 238, Abs. 1).[87] Dieses judicium rescindens ist ein Zwischenstreit im Sinne des § 303, welcher durch Zwischenurteil abgeschlossen wird.[88]

[87] Vgl. § 590 Abs. 2.

[88] RG. v. 7. Juli 1884 Bd. 12 S. 373.

Der Implorant hat die die Wiedereinsetzung begründenden Tatsachen — welche schon der zugestellte Schriftsatz enthalten muß — vorzutragen und glaubhaft zu machen, bezw. die zur Stelle gebrachten Mittel zu letzterem zu produzieren. Über beides hat sich der Gegner zu erklären (§§ 138 Abs. 1, 282). Andere als die im Schriftsatze vorkommenden Tatsachen werden nicht berücksichtigt.[89]) Tatsachen, welche nicht ausdrücklich bestritten werden, sind als zugestanden anzunehmen (§ 138 Abs. 2). Dagegen findet § 288, wornach die von den Parteien behaupteten und im Laufe des Rechtsstreites vom Gegner zugestandenen Tatsachen keines Beweises bedürfen mit Rücksicht auf die hier zur Anwendung kommende Offizialmaxime keine Anwendung. Eine Beweisaufnahme, welche nicht sofort erfolgen kann, ist unstatthaft. Daher müssen Zeugen und Sachverständige zur Stelle sein, muß ein Augenschein sofort aufgenommen werden können, oder das Protokoll über eine etwa schon früher stattgehabte Beweisaufnahme verlesen werden. Da es sich nicht um Beweisaufnahme im Sinne der §§ 355 ff. handelt, können Zeugen und Sachverständige unbeeidigt vernommen werden. Eideszuschiebung ist unstatthaft (§ 294), aber auch richterlicher Eid (arg. §§ 477 Abs. 3 mit 460 Abs. 2). Dagegen kann der Implorant zur Versicherung an Eidesstatt zugelassen werden.

d) Die Entscheidung und deren Anfechtung.

Auf die Entscheidung über die Zulässigkeit des Antrages und auf die Anfechtung der Entscheidung finden die Vorschriften Anwendung, welche in diesen Beziehungen für die nachgeholte Prozeßhandlung gelten (§ 238 Abs. 2). Die Zulässigkeit — Statthaftigkeit an sich, Frist und Form — des Einspruchs (§§ 341, 700), der Berufung (§ 535), der Revision (§ 566), der sofortigen Beschwerde (§§ 574 mit 577) und der Nichtigkeits- und Restitutionsklage (§ 589) ist von Amts wegen zu prüfen. Es unterliegt somit gleicher Weise die Zulässigkeit eines Restitutionsantrages zur Nachholung eines dieser Rechtsbehelfe der Offizialprüfung des Gerichts, sowohl im Falle kontradiktorischer Verhandlung, als bei Nichterscheinen einer

[89]) Auch in der Berufungsinstanz nicht, vgl. die Anm. 77 alleg. Entsch.

Partei. Dasselbe hat aber auch bezüglich der Wiedereinsetzung gegen Ablauf der Notfrist in §§ 958 und 1044 (Anfechtungsklagen gegen Ausschlußurteil und Schiedsspruch) zu gelten, ebenso bei Wiedereinspruch gegen Versäumung der Frist zu dem durch die Novelle eingeführten Antrag auf nachträgliche Eidesabnahme (§ 466).[90]) Es ergibt sich das aus dem dargelegten Charakter der Notfristen an sich, welche nach der Absicht des Gesetzgebers, wie mehrfach hervorgehoben, als ein Gegenstand der öffentlichen Ordnung unabänderlich sein müssen, daher jeder Parteiverfügung entzogen sind — was sich auch auf die Ausführung des Zustellungsaktes erstreckt.[91]) Daher ist ohne weiteres zu sagen, daß auch die Anfechtungsklagen hinsichtlich der Notfristeinhaltung von Amts wegen zu prüfen sind. Ist dies aber trotz des Stillschweigens des Gesetzes der Fall, so muß weiter gefolgert werden, daß sich die Offizialprüfung auch auf die Statthaftigkeit an sich und die Erfüllung der übrigen gesetzlichen Voraussetzungen zu beziehen habe (§§ 957 Abs. 2, 1041), denn durch Erhebung einer unstatthaften oder formell unzulässigen Klage würde die Notfrist nicht gewahrt. — Dann unterliegt auch der Restitutionsantrag gegen Versäumung der Anfechtungsklagen der Offizialprüfung.[92])

Der Antrag ist „zulässig", wenn sämtliche Voraussetzungen der Wiedereinsetzung gegeben sind. Ob dies zutrifft, darüber entscheidet das Gericht in freier Beweiswürdigung (§ 286). Es hat sich, da Glaubhaftmachung erforderlich, mit einem geringeren Maße von Beweis für die Wahrheit der vom Imploranten angegebenen Tatsachen zu begnügen, als es der strikte Beweis erfordern würde; es soll schon „der auf objektive Gründe gestützte Glaube des Gerichtes an die Wahrscheinlichkeit des von der Partei Vor-

[90]) Die Frist zur Erhebung der Anfechtungsklage gegen das Urteil auf Todeserklärung im Falle des § 973 ist keine Notfrist (§ 976).

[91]) S. hierüber Gaupp-Stein, Vorbemerkung vor § 166 Anm. 17.

[92]) A. M. bezüglich der Anfechtungsklagen v. Bülow, Komm. § 216 Anm. 3, Hellmann, Komm. nach § 216 Anm. 3, „weil die Wiedereinsetzungsfrist gegen Versäumung der Notfrist keine Notfrist sei, und abgesehen von § 212 Abs. 2 auch bezüglich der Verlängerung durch Parteivereinbarung der Charakter der Notfrist nicht teile." — S. dagegen oben S. 44.

getragenen" genügen.[93]) Folge der Offizialprüfung aber ist, daß das Gericht an das von den Parteien zur Begründung und Bekämpfung des Antrages dargebotene Tatsachenmaterial nicht gebunden ist, sondern dasselbe nach Bedarf bis zur „möglichst erschöpfenden Rekonstruktion des Tatbestandes" zu ergänzen hat.[94]) Es steht ferner den Parteien keine Disposition über die Wahrheit einer Tatsache zu, weder durch sog. Beweisvertrag noch durch Geständnis oder Verzicht (§§ 138, 288, 295). An gesetzliche Beweisregeln ist das Gericht nicht gebunden. Die Ausschlußwirkung teilweiser Versäumungen tritt nicht ein.

Die Entscheidung über den Restitutionsantrag geht dahin, daß die Wiedereinsetzung erteilt oder der Antrag als „unzulässig" verworfen wird. Ersterenfalls kann sie ein Zwischenurteil sein — wenn judicium rescindens und rescissorium getrennt sind, doch auch im Falle gleichzeitiger Verhandlung beider — oder mit dem Endurteil ausgesprochen werden; im zweiten Fall ist nur Endurteil möglich.[95])

Auffälligerweise hat der vierte Senat des Reichsgerichts in der Anm. 88 alleg. Entscheidung auch einem Berufungsurteil, durch welches einem in erster Instanz zurückgewiesenen Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Einspruchsfrist stattgegeben und die Sache zur anderweitigen Verhandlung in die I. Instanz zurückverwiesen wurde (§ 538 Ziff. 1), die Eigenschaft eines Zwischenurteils beigelegt und damit die Revisibilität abgesprochen, „weil es in der Sache selbst keine Entscheidung treffe, sondern die Entscheidung der Sache auf dem mit der Beseitigung jenes Hindernisses gewiesenen Wege nur vorbereiten wolle".

[93]) Gaupp-Stein § 294 Anm. I.

[94]) Vgl. Wach, Vorträge S. 199.

[95]) Vgl. RG. v. 21. Dezember 1893 Bd. 32 S. 400: Gegen den vom Berufungsgericht (in einer Ehescheidungssache) erlassenen Beschluß, durch welchen im Verhandlungstermine eine sachliche Entscheidung über den von der Berufungsklägerin gestellten Restitutionsantrag gegen Versäumung der Berufungsfrist und über die gleichzeitig nachgeholte Berufung mangels ordnungsgemäßer Ladung des Gegners abgelehnt worden ist, wurde Beschwerde eingelegt und derselben stattgegeben: der Wiedereinsetzungsantrag mußte vom Berufungsgerichte in Urteilsform verbeschieden werden.

Gaupp-Stein (Anm. II zu § 238) schließen sich diesem Urteil an. Wie sich dies mit dem von ihnen zu § 538 Anm. IV Ausgeführten vereinigen soll, wonach jedes die Zurückverweisung aussprechende Urteil Endurteil ist („denn durch diese Entscheidung wird der Prozeß in der Berufungsinstanz zunächst endgiltig erledigt, und eine weitere Verhandlung in dieser Instanz ist nur auf Grund einer neuen selbständig zu beurteilenden Berufung möglich"), ist nicht klar. Das Urteil des Reichsgerichts entbehrt der Konsequenz. Denn das ohne ein Wiedereinsetzungsverfahren im Falle des § 538 Ziff. 1 zurückverweisende Urteil trifft zur Sache selbst ebenfalls keine Entscheidung, während andererseits die oben hervorgehobenen Gründe von Gaupp-Stein auch bei dem in Frage stehenden Berufungsurteil zutreffen. Konsequent wäre vielmehr die von Seuffert (Note 2c zu § 500 ä. F.) im Gegensatz zu Gaupp-Stein und den meisten Kommentatoren, welche der dahin gehenden Rechtsprechung des Reichsgerichts folgen, vertretene Ansicht, wonach jedes Zurückverweisungsurteil gemäß § 538 kein Endurteil, sondern ein Zwischenurteil ist.

Eine Ausnahme von der vorhin angeführten Regel, wonach das die Restitution versagende Urteil stets Endurteil sein muß, ergibt sich notwendig bei der Wiedereinsetzung gemäß § 236 Ziff. 3 S. 2. Ist bereits ein Urteil auf Grund der Eidesverweigerung ergangen, so wird auch das die Wiedereinsetzung abweisende immer Endurteil sein. Ist aber noch kein Urteil erlassen, so wird das Urteil über den Restitutionsantrag zwar regelmäßig Zwischenurteil sein, aber nicht immer: die[96]) Abweisung der Restitution kann auch in den Gründen des Endurteils ausgesprochen werden.

Durch Beschluß wird der Wiedereinsetzungsantrag bei Versäumung der Notfrist zur sofortigen Beschwerde verbeschieden, da hier mündliche Verhandlung nicht erforderlich ist.

Es wurde oben gesagt, die Ausschlußfolge teilweiser Versäumungen trete zufolge der hier stattfindenden Offizialprüfung nicht ein. Wie aber im Falle totaler (Termins-) Versäumung einer Partei:

Hier sind folgende Möglichkeiten:

---

[96]) A. M. Gaupp-Stein § 238 Anm. II ohne Grundangabe.

1. Es erscheint der Gegner des Imploranten im Termine zur mündlichen Verhandlung über den Restitutionsantrag nicht. Dann ist die Zulässigkeit des Antrags nach Frist, Form und Inhalt von Amtswegen zu prüfen. Sind die Formalien in Ordnung und die den Restitutionsantrag rechtfertigenden Tatsachen dem Gerichte genügend glaubhaft gemacht, d. h. erachtet es den Wahrscheinlichkeitsbeweis für erbracht, so wird die Zulässigkeit der Wiedereinsetzung in den Gründen des Versäumnisurteils zur Hauptsache ausgesprochen. War der Termin auf die Verhandlung über den Restitutionsantrag beschränkt, so ergeht Zwischenurteil, nicht Versäumnisurteil, da in diesem Falle keine Versäumnisfolge verwirklicht wird; dieses ist erst mit dem Endurteil anfechtbar.

Die Unzulässigkeit des Antrags und damit der nachgeholten Prozeßhandlung wird mit Endurteil ausgesprochen.

Es kann indessen auch, wenn etwa weitere Erhebungen veranlaßt sind, im Verfahren über Wiedereinsetzung eine Vertagung der Verhandlung eintreten, und zwar von Amtswegen gemäß § 228 stets dann, wenn das Verfahren zunächst auf das judicium rescindens beschränkt war. Andernfalls tritt, da ein Versäumnisurteil zur Hauptsache unter Restitution des Gesuchstellers beantragt ist, die Beschränkung des Gerichtes nach § 337 auf die dort hervorgehobenen Ausnahmsfälle ein.

Im Falle des § 466 ist das die Wiedereinsetzung bewilligende Urteil stets Zwischenurteil, denn die Eidesleistung muß dem Endurteil zur Hauptsache vorhergehen; das die Wiedereinsetzung abweisende ist dann Zwischenurteil, wenn noch kein Endurteil vorangeht. Es kann aber auch die Abweisung der Restitution in den Gründen des Endurteils, welches die Folge der Eidesleistung verwirklicht, ausgesprochen werden.[97])

2. Es erscheint der Antragsteller nicht; dann kommt es nicht zur Prüfung des Antrags. Derselbe wird durch VU. zur Sache selbst nach § 330 erledigt; die nachgeholte Prozeßhandlung wird damit als verspätet zurückgewiesen. War der Termin auf die Verhandlung über den Wiedereinsetzungsantrag beschränkt, so beschränkt

[97]) A. M. anscheinend Seuffert § 238 Anm. 2 Abs. 3.

sich auch das Versäumnisverfahren auf die Erledigung dieses Zwischenstreites (§ 347 Abs. 2). Gegen das Versäumnisurteil steht dem Antragsteller nach der besonderen Vorschrift des § 238 Abs. 2 der Einspruch nicht zu.[98]) Er kann allenfalls Berufung oder Revision nach § 513 Abs. 2 bezw. 566 einlegen; demnach steht das Rechtsmittel nur soweit zu, als es darauf gestützt wird, daß der Fall der Versäumnis nicht vorgelegen habe.

Im Falle des § 466 kann, wenn die Verhandlung über den Antrag vor dem auf Grund der Eidesverweigerung zu erlassenden Urteile stattfindet, nur ein nach §§ 512, 548 nicht selbständig anfechtbares Versäumniszwischenurteil ergehen.

Die Anfechtung — wovon einige Fälle im Vorhergehenden des Zusammenhangs wegen antezipiert sind — ist nach den Grundsätzen des § 238 Abs. 2 nur dann und unter denselben Voraussetzungen gestattet, unter denen die Anfechtung der Entscheidung über die nachgeholte Prozeßhandlung selbst zugelassen ist. Der gleiche Rechtsbehelf, welcher hier zur Anfechtung dient, steht auch dort zu.[99])

1. Berufung ist zulässig gegen die Entscheidung über den Restitutionsantrag

a) bei Versäumung der Einspruchsfrist gegen ein Urteil I. Instanz,
b) wenn ein VU. gegen den Imploranten ergangen ist, nach § 513 Abs. 2 mit 238 Abs. 2,
c) bei Versäumung der Notfrist des § 466,
d) bei Versäumung der Wiederaufnahmefrist, wenn das Gericht

[98]) „Von dem Imploranten kann mit Grund verlangt werden, daß er auf die erste Versäumung, gegen welche er Wiedereinsetzung nachsucht, nicht die zweite folgen lasse. Sollte auch diese Versäumung ihm freistehen, so würde die Reihe der Einsprüche im Wiedereinsetzungsverfahren unter Umständen endlos werden" (Mot. S. 174). — Dieselbe ratio liegt den Vorschriften der §§ 345 u. 708 Ziff. 3 zu Grunde.

[99]) „Die Gewährung der Rechtsmittel ist mehrfach für bedenklich erachtet worden. In der angenommenen Beschränkung erscheint indessen die gefürchtete Verzögerung und Verweitläufigung nicht zu besorgen. Außerdem aber würde in der gänzlichen Ausschließung der Anfechtung eine Härte sowohl gegenüber dem Imploranten als besonders gegenüber dem Imploranten zu finden sein, dem ein Mittel gegeben sein muß, um unbegründete Restitutionen zu verhüten (Mot. S. 173).

I. Instanz für die Nichtigkeits- oder Restitutionsklage zuständig ist (§ 584),

e) bei Versäumung der Anfechtungsklagen (§§ 958, 1044).

Die Vorschrift des § 529 Abs. 1 findet hiebei, soweit es sich um Begründung des Restitutionsantrags in der Berufungsinstanz handelt, nicht Anwendung, vgl. Anm. 77.

2. Revision ist unter der Voraussetzung des § 546 zulässig gegen die Entscheidung über den Restitutionsantrag

a) bei Versäumung der Einspruchsfrist gegen ein Urteil des Oberlandesgerichts als Berufungsinstanz (§ 545),[100])

b) wenn gegen den Imploranten in der Berufungsinstanz ein Versäumnisurteil ergangen ist (§ 513 Abs. 2, 566),[101])

c) bei Versäumung der Berufungsfrist, wenn die I. Instanz ein Landgericht ist,

d) bei Versäumung der Wiederaufnahmefrist, wenn das Oberlandesgericht als II. Instanz für die Nichtigkeits- oder Restitutionsklage zuständig ist (§ 584).

3. Beschwerde (weitere) ist gegen den im Wiedereinsetzungsverfahren wegen Versäumung der Beschwerdefrist erlassenen Beschluß — abgesehen von den in §§ 567 Abs. 2, 568 Abs. 3 und 4 enthaltenen Beschränkungen im Kostenfestsetzungsverfahren und in den Fällen der §§ 99 Abs. 3 und 102, sowie bezüglich des Instanzenzuges — immer zulässig. Denn ob dem Antrage stattgegeben, oder derselbe als unzulässig zurückgewiesen wird, stets liegt ein neuer selbständiger Beschwerdegrund vor (§ 568 Abs. 2); letzterenfalls ist die Ablehnung der materiellen Nachprüfung des angefochtenen Beschlusses der neue Beschwerdegrund, vgl. die Komm.

[100]) Das Oberlandesgericht hat Versäumnisurteil zur Hauptsache erlassen. Die Einspruchsfrist wurde versäumt und dagegen Wiedereinsetzung nachgesucht. Der Antrag wurde nach kontradiktorischer Verhandlung abgewiesen.

[101]) Das Oberlandesgericht hat als Berufungsinstanz im Restitutionsverfahren mittels Versäumnisurteils gegen den Imploranten entschieden.

IV.

Wirkungen der Wiedereinsetzung.

§ 13.

a) Im allgemeinen.

Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand und die Wiederaufnahme des Verfahrens setzen ihrer Natur nach einen vollständig abgeschlossenen Rechtsstreit voraus und sind deshalb nicht geeignet, ohne weiteres den Aufschub der Zwangsvollstreckung zu bewirken (Mot. S. 394). Der Wiedereinsetzungsantrag hat an sich nicht Suspensiveffekt. Wird der Antrag aber genehmigt, d. h. die Wiedereinsetzung erteilt, so ist mit der Rechtskraft der angefochtenen Entscheidung ipso jure deren Vollstreckbarkeit beseitigt. Im Falle der nachgeholten Berufung kommt die Wiedereinsetzung insofern auch dem Gegner zu statten, als der Berufungsbeklagte sich der Berufung noch anschließen kann, selbst wenn er auf das Rechtsmittel verzichtet hat. Dasselbe gilt vom Revisionsbeklagten (§§ 521, 556).

b) Suspension der Zwangsvollstreckung.

Aber auch dem Antrag auf Wiedereinsetzung kann Suspensiveffekt verliehen werden. Das Gericht kann — wie in den praktisch wichtigeren Fällen des Einspruchs und der Rechtsmittel gegen ein vorläufig vollstreckbares Urteil (§ 719) — auf besonderen Antrag anordnen, daß die Zwangsvollstreckung gegen oder ohne Sicherheitsleistung einstweilen eingestellt werde oder nur gegen Sicherheitsleistung stattfinde, und daß die erfolgten Vollstreckungsmaßregeln gegen Sicherheitsleistung aufzuheben seien (§ 707). Solche Anordnungen stehen im freien Ermessen des Gerichts. Es wird von der ihm zustehenden Befugnis insbesondere dann Gebrauch machen, wenn für den Erfolg der nachgeholten Prozeßhandlung einige Wahrscheinlichkeit besteht.

Dabei ist nicht vorausgesetzt, daß die Zwangsvollstreckung bereits im Lauf sei. Das Gegenteil hätte keine ratio für sich und würde den Vollzug der angeordneten Einstellung häufig illusorisch machen.[102])

[102]) Vgl. RG. vom 30. November 1893 Bd. 32 S. 393; 2. Januar 1897 JW. S. 54 N. 20. A. M. Harder in Zeitschr. Bd. 19 S. 451.

Der Beschluß kann folgenden Inhalt haben: Es wird angeordnet:

1. Daß die Zwangsvollstreckung gegen Sicherheitsleistung einstweilen eingestellt werde.

Diese Sicherheitsleistung ist die prozessuale (§ 108). Sie kann daher, soweit sie notwendig, trotz der entgegenstehenden Äußerung der Motive a. a. O.[103]) nur durch Hinterlegung in barem Geld oder Wertpapieren bewirkt werden, welche nach § 234 Abs. 1 und 3 des BGB. zur Sicherheitsleistung geeignet sind und nach richterlichem Ermessen genügende Deckung gewähren. Denn es liegt keiner der Fälle vor, in denen das Gesetz eine bezüglich ihrer Art nach freiem Ermessen des Gerichts zu bestimmende Sicherheit zuläßt (vgl. §§ 921, 925, 927). Die imperative Form aber des § 108: „ist zu bewirken", ferner der Umstand, daß das Gesetz überall, wo Hinterlegung des Streitgegenstandes neben der Sicherheit in Geld statthaft ist, ausdrücklich diese Alternative stellt (vgl. §§ 713 Abs. 2, 720, 775 Ziff. 3, 815 Abs. 3, 839), während dies in § 707 nicht der Fall ist, lassen keine andere Auffassung zu. Nicht nur, wo bereits Vollstreckungsmaßregeln erfolgt, sind dem Gläubiger wohlerworbene Rechte erwachsen (Mot. a. a. O.), auch das Recht auf Zwangsvollstreckung ist ein wohlerworbenes, und er braucht sich dasselbe nicht zu Gunsten des Schuldners schmälern und sich insbesondere, wo er einen Anspruch auf Sicherheitsleistung hat, keine andere Art gesetzlich zulässiger Sicherheitsleistung gefallen zu lassen, als diejenige, die ihm auch tatsächlich die beste Sicherung gewährt, soferne er nicht mit dem Schuldner etwas anderes vereinbart hat (§ 108 Abs. 1).[104]) Die Wahl zwischen barem Gelde oder Wertpapieren steht dem Schuldner

[103]) „Die Zulassung der Hinterlegung des Streitgegenstandes durch den Schuldner war nicht besonders zu erwähnen, da sie nur eine Art der sowohl dem Schuldner als dem Gläubiger zustehenden Sicherheitsleistung ist."

[104]) Auch das Reichsgericht hat neuerdings entschieden, daß, wenn es sich um eine auf Grund des (analogen) § 769 ZPO. gegen oder ohne Sicherheitsleistung anzuordnende Maßregel handle, für die Sicherheitsleistung, wenn eine solche für nötig erachtet werde, nicht das BGB., sondern die ZPO. maßgebend sei, daher die Prüfung der Frage, ob die gebotene Sicherheit den Vorschriften des § 232 BGB. entspreche, auf einem Rechtsirrtum beruhe. (E. vom 8. Juni 1901 JW. S. 537 N. 5.)

zu.[105]) Der Betrag der zu leistenden Sicherheit wird vom Gerichte bestimmt (§ 112). Das Hinterlegungsverfahren regelt sich nach den Landesgesetzen (EG. z. BGB. Art. 144). An dem hinterlegten Geld oder den hinterlegten Wertpapieren erwirbt der Gegner des Hinterlegers ein Pfandrecht, eventuell hat er das Pfandrecht an der Forderung auf Rückerstattung (§ 233 BGB.).

Der Zweck der zu Gunsten des Gläubigers angeordneten Sicherheitsleistung ist, demselben Sicherheit für alle jene Nachteile zu gewähren, die durch eine Einstellung der Zwangsvollstreckung für ihn als Gläubiger erwachsen könnten, nicht aber, wenn ihm sein Pfandrecht verbleibt, ihm in der hinterlegten Geldsumme noch eine weitere zusätzliche Sicherheit für die zur Zwangsvollstreckung stehende Forderung zu gewähren.[106])

Die Wirkung der getroffenen Anordnung für den Schuldner ist, daß mit der Zwangsvollstreckung nicht begonnen, bezw. dieselbe nicht fortgesetzt werden kann. Hat daher schon die Pfändung stattgefunden, so ist die Versteigerung zu unterlassen; ist letztere bereits erfolgt, so darf der Erlös nicht an den Gläubiger ausgehändigt werden.

2. Daß die Zwangsvollstreckung ohne Sicherheitsleistung einstweilen eingestellt werde.

Diese Anordnung ist aber nur in dem einen Falle zulässig — jedoch nicht geboten —, wenn in der prozessual vorgeschriebenen Weise glaubhaft gemacht wird, daß die Vollstreckung einen nicht zu ersetzenden Nachteil für den Schuldner bringen würde.[107]) In diesem Falle kann selbstverständlich auch die Einstellung gegen Hinterlegung des Streitgegenstandes verfügt werden. Im übrigen gilt das zu Ziff. 1 Gesagte.

3. Daß die Zwangsvollstreckung nur gegen Sicherheitsleistung durch den Gläubiger stattfinde.

---

[105]) Näheres hierüber s. Gaupp-Stein § 108 Anm. II.

[106]) RG. vom 2. Dezember 1899 JW. 1900 S. 80 N. 23.

[107]) „Durch die Beschränkung der Einstellung ohne Sicherheitsleistung auf diesen Fall sind die Rechte des Gläubigers ausreichend geschützt." Vgl. Mot. S. 395.

Auch hier kann die Hinterlegung des im Besitz des Gläubigers befindlichen Streitgegenstandes als Sicherheitsleistung zugelassen werden. Suspensivwirkung tritt nur dann ein, wenn der Gläubiger der Anordnung nicht nachkommt.

4. Daß die erfolgten Vollstreckungsmaßregeln gegen Sicherheitsleistung aufzuheben seien.

Da in diesem Falle dem Gläubiger bereits durch die Zwangsvollstreckung Rechte erwachsen sind, welche eine sehr materielle Tragweite haben können (s. z. B. § 804), so darf die Aufhebung der erfolgten Maßregeln nur gegen vollen Ersatz für den Entzug dieser Rechte, nicht aber etwa gegen vollständige Deckung für seine Forderung eintreten.[108])

Voraussetzung für die fragliche Anordnung ist, daß nicht die Zwangsvollstreckung bereits beendet, z. B. der Versteigerungserlös aus einem gepfändeten Objekt dem Gläubiger ausgehändigt, eine herauszugebende Sache diesem abgeliefert, eine zur Einziehung überwiesene Forderung vom Schuldner beigetrieben, eine vom Schuldner vorzunehmende Handlung auf dessen Kosten vorgenommen ist, denn nur um Aufhebung einzelner Vollstreckungsmaßregeln handelt es sich. „Zu einem Ausspruch über die Berechtigung der beendigten Vollstreckung ist das Verfahren nach § 707 weder bestimmt noch geeignet."[109]) — Soweit die „Einstellung der Zwangsvollstreckung" in Frage steht, kann m. E. ein diesbezüglicher Zweifel überhaupt nicht aufkommen. Die Einstellung, die ihrem Begriffe nach eine noch im Lauf befindliche Vollstreckung erfordert, mit einer bereits vollendeten Zwangsvollstreckung in Verbindung zu bringen, ist eine contradictio in adjecto.

Eine besondere Wirkung der einstweiligen Einstellung der Zwangsvollstreckung bei gleichzeitiger Aufhebung der erfolgten Vollstreckungsmaßregeln, sowie der erfolgten Sicherheitsleistung zur Abwendung der Zwangsvollstreckung ist nach den Grundsätzen des BGB. über Eigentümerhypothek für den Fall der Zwangsvollstreckung in ein Grundstück mittels Eintragung einer Sicherungshypothek (§ 866)

[108]) RG. vom 27. August 1896 Bd. 37 S. 430.

[109]) Gaupp-Stein § 707 Anm. I 3. Vgl. RG. vom 15. Februar 1888 Bd. 23 S. 336; 9. Februar 1899 JW. S. 164 N. 12.

in § 868 ausgesprochen: Der Eigentümer des Grundstückes erwirbt die Hypothek, statt daß nach §§ 775, 776 die erfolgten Vollstreckungsmaßregeln gänzlich aufgehoben, d. h. die Sicherheitshypothek gelöscht würde.

Da die Aufhebung der Vollstreckungshandlungen nach § 707 nicht „mangels der gesetzlichen Voraussetzungen" erfolgt, sondern auf dem freien Ermessen des Gerichts beruht, so bleibt es bei einer § 209 Ziff. 5 BGB. durch die Vornahme der Vollstreckungshandlung bewirkten Unterbrechung der Verjährung (§ 216 Abs. 1 das.).

Alle diese Anordnungen nun — welche sowohl ihrem Wesen nach wie bezüglich des Verfahrens durchaus verschieden von den „einstweiligen Verfügungen" nach §§ 935 ff. sind[110]) — wirken äußersten Falls bis zu dem Zeitpunkte, in welchem das Urteil über das Rechtsmittel oder den sonstigen Rechtsbehelf, zu dessen Nachholung die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragt wird, verkündet ist, nicht bis zu dem allenfalls später eintretenden Zeitpunkte der Rechtskraft. Denn der Eingriff in die Zwangsvollstreckung nach § 707 läßt sich überhaupt nur unter dem Gesichtspunkte rechtfertigen, daß damit der vermutliche Inhalt der zu erwartenden Entscheidung im Voraus tunlichst verwirklicht werden soll. Mit der Verkündung des Urteils, durch welches die angefochtene Entscheidung bestätigt wird, zeigt sich eben, daß diese Voraussetzung einer Abänderung eine irrige war, es entfällt also der Zweck der einstweiligen Anordnung; während bei Aufhebung der angefochtenen Entscheidung gemäß § 717 die vorläufige Vollstreckbarkeit von selbst außer Kraft tritt.[111])

[110]) Vgl. Peters in Gruch. Beitr. Bd. 29 S. 334 ff. — Die einstweiligen Verfügungen können durch Widerspruch, über welchen durch Urteil zu entscheiden ist, angefochten werden (§§ 936 mit 924). Im Zweifelsfalle, ob eine einstweilige Verfügung oder eine „einstweilige Anordnung" im vorwürfigen Sinne vorliegt, kommt es weder darauf an, welcher Beschluß nachgesucht ist, noch welcher bei richtiger Behandlung der Sache hätte erlassen werden sollen, sondern lediglich auf den erkennbaren Willen des Richters: RG. vom 8. Juni 1901 JW. S. 514 N. 4.

[111]) Kammerger. vom 1. Oktober 1896 Seuff. Arch. Bd. 52 N. 208, RG. vom 2. November 1898 Bd. 42 S. 370.

Über das Verfahren auf den Einstellungsantrag ist folgendes zu sagen:

Der Antrag nach § 707 setzt denjenigen auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (oder die Erhebung der Wiederaufnahmeklage) voraus. Daß aber der den Wiedereinsetzungsantrag enthaltende Schriftsatz dem Gegner zur Zeit der Stellung des in Frage stehenden Antrags bereits zugestellt sein müsse, und die vollendete Zustellung nachzuweisen sei, läßt sich dem Wortlaute des § 707: „Wird ... beantragt" nicht entnehmen. Die Wiedereinsetzung wird durch Zustellung eines Schriftsatzes beantragt. Die Zustellung beginnt in dem Augenblicke, in welchem der Gerichtsvollzieher bezw. Gerichtsschreiber zum Zwecke der Zustellung in Tätigkeit tritt. Mit Vollendung der Zustellung ist die Restitution beantragt.[112]) Es muß daher der Nachweis genügen, daß der Restitutionsschriftsatz dem Zustellungsbeamten zum Zwecke der Zustellung übergeben sei (§ 169). Wohl aber kann das Gericht, um Chikanen von Seite des Schuldners vorzubeugen, den Vollzug des Einstellungsbeschlusses vom Nachweise der Zustellung des Wiedereinsetzungsantrages, welcher ja auch die nachgeholte Prozeßhandlung selbst enthält, abhängig machen, da schon die Erlassung der einstweiligen Anordnung selbst in seinem freien Ermessen liegt.[113])

Legitimiert zur Antragstellung ist nach dem Sinne des § 707 nur der Schuldner, denn dieser allein kann an den hier aufgeführten Anordnungen ein Interesse haben.[114])

Der Antrag, welcher mit der Hauptsache dem Anwaltszwang unterliegt, ist schriftlich einzureichen, kann aber auch in der mündlichen Verhandlung gestellt, also, soweit dies beim Wiedereinsetzungsantrag statthaft, mit diesem verbunden werden.

Zuständig zur Entscheidung über den Antrag nach § 707 ist ausschließlich das Gericht, welchem die Entscheidung über den Wieder-

---

[112]) Vgl. Peters a. a. O. S. 653.

[113]) A. M. Gaupp-Stein § 707 Anm. I 1, Petersen Anm. 1, Struckmann-Koch Anm. 1, Wilmowski-Levy Anm. 3. — Dagegen Peters a. a. O., welcher jedoch insofern fehlgeht, als er durchaus die bloße Einreichung bei Gericht zur Terminsbestimmung für genügend hält.

[114]) RG. vom 22. Dezember 1900 JW. 1901 S 38 N. 13.

einsetzungsantrag bezw. über das damit nachgeholte Rechtsmittel u. s. w. zusteht.

Mündliche Verhandlung über den Einstellungsantrag ist nicht erforderlich (§ 707 Abs. 2), kann aber angeordnet werden, wie auch die bloße Vernehmung des Gläubigers über den Antrag im Ermessen des Gerichts steht.

Die Entscheidung ist in jedem Falle ein Beschluß, welcher, wenn mündliche Verhandlung stattgefunden hat, zu verkünden ist. Ergeht er ohne mündliche Verhandlung, so ist er bei Ablehnung des Einstellungsantrages dem Antragsteller allein, andernfalls beiden Parteien zuzustellen.[115])

Um den Beschluß in Vollzug zu setzen, hat der Schuldner nach § 775 Ziff. 2 zu verfahren, somit eine Ausfertigung des Beschlusses dem Gerichtsvollzieher bezw. dem Vollstreckungsgerichte vorzulegen.

Da ein Kostenfestsetzungsbeschluß seinen Grund in der Rechtskraft oder vorläufigen Vollstreckbarkeit des Urteils hat, so ergreift der Einstellungsbeschluß auch die Zwangsvollstreckung aus dem auf grund des angefochtenen Urteils erlassenen Kostenfestsetzungsbeschlusse, ohne daß ein besonderer Ausspruch hierüber nötig ist.[116])

Eine Anfechtung der Entscheidung findet nach § 707 Abs. 2 nicht statt.[117]) Indessen ist nach der von den meisten Kommentatoren[118]) bemängelten Rechtsprechung des Reichsgerichts sofortige Beschwerde (§ 793) in den Fällen statthaft, wo es sich nicht um Anfechtung des sachlichen Inhalts der Entscheidung handelt, sondern um deren Zulässigkeit, also entweder geltend gemacht wird, das Gericht habe mit Unrecht das Vorhandensein der gesetzlichen Voraussetzungen für die Erlassung eines Beschlusses nach § 707 angenommen, oder es habe mit Unrecht das Vorhandensein derselben verneint und die materielle Prüfung des Antrages verweigert.[119])

---

[115]) RG. vom 8. März 1884 Bd. 11 S. 402. Vgl. Seuffert § 329 Anm. 2 i.

[116]) Vgl. RG. vom 4. Januar 1890 JW. S. 41 N. 3.

[117]) „Die Gestattung einer Anfechtung könnte der Entscheidung in der Hauptsache präjudizieren und erscheint deshalb unzweckmäßig." (Mot. S. 395.)

[118]) Auch Wach, Vorträge S. 308 Anm.

[119]) RG. vom 2. Oktober 1886 Gruch. Beitr. Bd. 31 S. 106: Aus der

In materieller Beziehung ist die Entscheidung ohnedies nicht unabänderlich; sie kann sowohl von dem Gerichte, welches die Anordnung erlassen hat, bis zur Verkündung des Endurteils, als vom Gerichte der höheren Instanz aufgehoben, oder, sei es bezüglich der Höhe oder der Art der Sicherheitsleistung, abgeändert werden. Wie sollte sonst der veränderten Sach- oder Rechtslage Rechnung getragen werden können? Und zwar kann solche Abänderung von jeder der Parteien beantragt werden.[120])

V.

Verzicht und Zurücknahme.

§ 14.

Die Zivilprozeßordnung enthält Vorschriften über Verzicht und Zurücknahme lediglich für die Rechtsmittel der Berufung und Revision, sowie für den Einspruch (§§ 514, 515, 566, 346). Es erscheint aber unbedenklich, „die aus der Verhandlungsmaxime her-

Begründung läßt sich nicht die Absicht des Gesetzgebers folgern, eine Anfechtung des Beschlusses auch nach der Rücksicht auszuschließen, ob die Bedingungen zur Anwendung der §§ 647 u. 657 ZPO. im gegebenen Falle vorliegen. Lehnt der Richter es ab, sein Ermessen über den Antrag auf Einstellung gelten zu lassen, weil er mit Unrecht davon ausgeht, daß die Voraussetzungen hiefür nicht gegeben sind, so hindert der Gesetzgeber die verletzte Partei nicht, gegen einen derartigen Beschluß Abhilfe im Beschwerdewege zu suchen. — RG. vom 13. Juli 1892 JW. S. 370 N. 4: Die Vorschrift des § 647 Abs. 2 ZPO. schließt die Anfechtung des Beschlusses über die Einstellung der Zwangsvollstreckung nur nach der materiellen Seite aus. Vgl. im übrigen die bei Petersen Anm. 14 u. 15 alleg. Judikatur, ferner RG. vom 11. Januar 1901 JW. S. 59 N. 8 und die Anm. 114 alleg. Entsch.

[120]) RG. v. 29. August 1894 Seuff. Arch. Bd. 50 N. 294; 20. Januar 1892 Gruch. Beitr. Bd. 37 S. 401; 30. November 1890 JW. 91 S. 7 N. 15; 14. August 1900 JW. S. 736 N. 4. — Die von Petersen a. a. O. irrtümlich angeführte Entsch. v. 5. November 1892 JW. S. 479 N. 9 bezieht sich nicht auf einen der hier in Frage stehenden Beschlüsse, sondern auf die beantragte Abänderung der durch Urteil auferlegten Sicherheit. Diese kann nur im Wege des ordentlichen Rechtszuges nach mündlicher Verhandlung durch Urteil erfolgen. So neuerdings RG. in mehralleg. Entsch. v. 22. Dezember 1900 (Anm. 114).

fließende Möglichkeit eines gerichtlichen Verzichts (bezw. der Zurücknahme) auch auf die Beschwerde und die übrigen Rechtsbehelfe der Zivilprozeßordnung auszudehnen, soweit es ihre rechtliche Natur und ihr Bau zuläßt".[121]) Insbesondere werden jene Vorschriften von den Kommentatoren auf Nichtigkeits- und Restitutionsklage entsprechend angewendet. Ist dies richtig, so ist m. E. die analoge Anwendung auf die Wiedereinsetzung i. d. v. St. geboten. Denn dieses Anfechtungsmittel steht seinem Wesen nach den Wiederaufnahmeklagen insoferne am nächsten, als es in der Regel den gleichen Zweck wie diese verfolgt: die Aufhebung einer rechtskräftigen richterlichen Entscheidung. Den hauptsächlichsten Unterschied macht nur die Art der vorausgesetzten laesio — hier die bloße Versäumung einer Notfrist, dort ein gesetzwidriges Verfahren, oder Verletzung des materiellen Rechtes durch strafbare Handlungen dritter Personen, oder nachträglich erwiesene Unrichtigkeit der Beweisunterlagen. Doch führt gerade dieser Gegensatz in der Art der Verletzung wieder zu einer Verschiedenheit in der Behandlung des Verzichts bei den beiden Rechtsbehelfen. Denn während nach übereinstimmender Ansicht ein Verzicht auf die Wiederaufnahmeklagen vor Erlassung des anzufechtenden Urteils durchaus, und nach Erlassung desselben insoweit, als der Verzichtende nicht Kenntnis von dem in Betracht kommenden Nichtigkeits- oder Restitutionsgrund hat, als contra bonos mores verstoßend für unwirksam zu gelten hat, trifft dies für die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nach der Art der hier fraglichen Verletzung keineswegs zu. Des weiteren bedingt auch die konstruktive Verschiedenheit beider Institute eine verschiedene Behandlung hinsichtlich des Verzichts (wovon die Zurücknahme nur ein besonderer Fall ist).

Da ein Verzicht auf die Wiedereinsetzung i. d. v. St. in der Regel der Wirkung nach dem Verzicht auf die nachzuholende Prozeßhandlung gleichkommen wird,[122]) so wird schon nach der Natur der

---

[121]) Planck, Lehrb. Bd. 1 S. 315.

[122]) Es kann aber nicht gesagt werden, Verzicht oder Zurücknahme bezüglich des Wiedereinsetzungsantrages seien nichts anderes als Verzicht oder Zurücknahme bezüglich des nachzuholenden Rechtsmittels selbst, und es bestehe daher kein Bedürfnis für besondere Vorschriften in ersterer Richtung. Wer

Sache, — und ohne daß die Vorschrift des § 238 Abs. 2 heranzuziehen ist, wonach auf die Entscheidung über die Zulässigkeit des Antrages die Vorschriften über die nachgeholte Prozeßhandlung Anwendung finden —, als Grundsatz aufzustellen sein: Der Verzicht auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand richtet sich nach den Vorschriften, welche für den Verzicht auf die nachgeholte Prozeßhandlung gelten.

Es ist daher ein außergerichtlicher Verzicht auf die Wiedereinsetzung gegen Versäumung jeder einzelnen Notfrist — mit Ausnahme derjenigen für die Wiederaufnahme des Verfahrens — vor Erlassung des anzufechtenden Urteils oder Beschlusses zulässig.[123]) Die Giltigkeit eines solchen Verzichts ist nach materiellem Recht zu bemessen. Das BGB. enthält über den Verzicht keine Vorschriften. Er wird bindend sein, wenn er auf einer Vereinbarung der Prozeßparteien beruht.

Auf einen Verzicht nach Erlassung des Urteils ist § 514 analog anzuwenden. Es genügt hienach die einseitige in den prozessualen Formen — also entweder in der mündlichen Verhandlung oder vor dem beauftragten oder ersuchten Richter oder mittelst Zustellung eines Schriftsatzes oder zu Protokoll des Gerichtsschreibers — abgegebene Erklärung der verzichtenden Partei.

Ist die Wiedereinsetzung bereits beantragt, so fällt die Zurück-

---

die Wiedereinsetzung begehrt, setzt voraus, daß die Notfrist abgelaufen sei. Die Zurücknahme des Antrags auf Wiedereinsetzung erfolgt nun z. B. in der Meinung, daß die Glaubhaftmachung des Wiedereinsetzungsgrundes nicht gelingen werde. Stellt sich aber nachträglich heraus, daß — etwa infolge eines Fehlers bei der Urteilszustellung — die Notfrist gar nicht eröffnet wurde, so kann die frühere Zurücknahme des nunmehr als gegenstandslos erwiesenen Restitutionsantrages nicht die Wirkung eines Verzichts auf die noch — im ordentlichen Wege — offenstehende Einlegung des Rechtsmittels haben. Der Verzicht beschränkt sich eben auf den Wiedereinsetzungsantrag.

[123]) Der Fall ist denkbar, wenn er auch kaum praktisch wird; ein Verzicht wird erst in Frage kommen, wenn die Notfristversäumung zu tage liegt.

Bezüglich der Wirksamkeit des antezipierten Verzichts auf den Einspruch sind allerdings die Meinungen geteilt. S. darüber die Ausführungen bei Seuffert, Komm. zu § 346 (311) und dort angeführte Literatur. Es besteht aber kein durchschlagender Grund für eine Ausnahme hinsichtlich des Einspruchs. So Gaupp-Stein, Komm. zu § 514 Anm. I, u. A.

nahme des Antrages mit der Zurücknahme des Rechtsbehelfes in eins zusammen. Die Zurücknahme ist in Anwendung des § 515 Abs. 1 nur bis zum Beginne der mündlichen Verhandlung des Berufungs-, Revisions- oder Einspruchsbeklagten — ebenso aber auch des Beklagten im Wiederaufnahmeverfahren oder des Anfechtungsbeklagten — über den Wiedereinsetzungsantrag zulässig.

Der Verzicht auf die Wiedereinsetzung gegen Versäumung der Notfrist für die sofortige Beschwerde bezw. die Zurücknahme des Antrags, ist wie der Verzicht auf letztere selbst in jeder prozessualen Form, in jedem Stadium des Prozesses und ohne Einwilligung des Gegners statthaft.

In allen Fällen unterliegen Verzicht und Zurücknahme soweit dem Anwaltszwang, als der letztere für den Wiedereinsetzungsantrag besteht.

VI.

Kosten des Wiedereinsetzungsverfahrens.

§ 15.

Die Partei, welche einen Termin oder eine Frist versäumt, hat die dadurch verursachten Kosten zu tragen (§ 95).[124] Auf das Verschulden kommt es hiebei nicht an.

Die Wiedereinsetzung i. d. v. St. ändert an der Kostenerstattungspflicht der säumigen Partei, gleichviel ob sie in der Hauptsache siegt oder unterliegt, nichts: die Kosten der Wiedereinsetzung fallen dem Antragsteller zur Last, soweit sie nicht durch einen unbegründeten Widerspruch des Gegners entstanden sind (§ 238 Abs. 3).[125] Dieser Widerspruch kann sich auf die zur Begründung des Antrages vorgebrachten Tatsachen oder auf deren Glaubhaftmachung beziehen. Ob er begründet ist, steht der freien Beweiswürdigung des Gerichtes anheim. Gerichtsschreiber und Gerichtsvollzieher können durch das Gericht von amtswegen zur Tragung derjenigen Kosten verurteilt werden, welche sie durch grobes Verschulden veranlaßt haben (§ 102).

---

[124]) Bezüglich der Gebühren s. GKG. §§ 26 Z. 5, 28; GO. f. RA. § 20.
[125]) Vgl. § 344.

Diese Bestimmung, deren Anwendung § 238 Abs. 3 nicht entgegensteht, da beide zu den „allgemeinen Bestimmungen" der Zivilprozeßordnung gehören, gewinnt Bedeutung im Falle des § 235 Abs. 1. Über die Verpflichtung, die Prozeßkosten zu tragen, hat das Gericht von amtswegen zu erkennen (§ 308 Abs. 2). Ist der Kostenpunkt bei der Endentscheidung ganz oder teilweise (z. B. hinsichtlich der Kosten der Wiedereinsetzung) übergangen, so ist auf Antrag das Urteil durch nachträgliche Entscheidung zu ergänzen (§ 321).

Regelmäßig wird die Entscheidung über die Kosten im Endurteile erfolgen. Richtet sich die Restitution gegen die Versäumung der sofortigen Beschwerde, so erfolgt die Entscheidung durch Beschluß. Das Zwischenurteil, durch welches die Wiedereinsetzung erteilt wird, hat nicht über die Kosten zu entscheiden.